Upaya Mencegah Overkriminalisasi Tindak Pidana Kesusilaan di Indonesia

Permohonan ICJR
sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung
dalam Perkara No : 46/PUU-XIV/2016

Upaya Mencegah Overkriminalisasi Tindak Pidana Kesusilaan di Indonesia :

Permohonan ICJR sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung, dalam Perkara Nomor Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016

Tim Kuasa Hukum ICJR :
Supriyadi Widodo Eddyono
Wahyudi Djafar
Erasmus A. T. Napitupulu
Ajeng Gandini Kamilah

Editor :
Anggara

Desain sampul:
Antyo Rentjoko

ISBN : 978-602-6909-56-5

Penerbit :
Institute for Criminal Justice Reform
Jl. Siaga II No. 6F, Pejaten Barat, Pasar Minggu,
Jakarta Selatan, Indonesia - 12510
Phone/Fax. (+62 21) 7945455
E-mail: infoicjr@icjr.or.id
Website: www.icjr.or.id

Publikasi
April 2017

Pengantar

Pada tahun 2016, Mahkamah Konstitusi (MK) menerima dan memeriksa Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284, Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap UUD 1945, yang diajukan oleh Guru Besar IPB Bogor Prof. Dr. Euis Sunarti, dkk. Dalam permohonan tersebut, khususnya Pasal 284 (Tentang Zina) dan Pasal 292 (Larangan perbuatan cabul sesama jenis dengan anak), pemohon meminta agar MK memutus pasal-pasal tersebut tidak berlaku sepanjang tidak dimaknai perluasan Zina untuk Pasal 284, yakni tidak perlu ada unsur salah satu orang yang berbuat Zina sedang dalam ikatan perkawinan dan tidak perlu ada aduan. Serta untuk Pasal 292, Pemohon meminta dihapuskannya frasa "anak" sehingga semua jenis perbuatan cabul "sesama jenis" dapat dipidana.

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) memastikan apabila permohonan ini dikabulkan oleh MK khususnya terkait Pasal 284 dan Pasal 292, maka Indonesia akan berpotensi besar menghadapi krisis kelebihan kriminalisasi (*the crisis of over criminalization*), yaitu banyaknya atau melimpahnya perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, khususnya dalam tindak pidana Kesusilaan.

Pasal 284 didasarkan pada pondasi mengenai adanya kepentingan negara dalam menjamin lembaga perkawinan yang diatur oleh Negara sendiri. Poin kunci yang perlu diingat adalah "Zina" dalam konteks Pasal 284 berbeda dengan "Zina" yang ada dalam agama atau pemahaman sederhana dalam moral sosial, dalam bahasa belanda, Zina yang disebut *overspel*. Pidana Zina tidak maksudkan untuk menjerat pelaku lajang, hal ini terlihat dari batasan yang ada dalam Pasal 284, yaitu adanya delik aduan yang sangat ketat hanya diberikan pada pasangan yang "dihianati" dan pelakunya terikat dalam lembaga perkawinan. Filosofisnya sangat sederhana, sebab bagi mereka yang lajang, tidak ada konsekuensi atau dampak dari melakukan hubungan terhadap orang lain atau ketentuan yang diatur negara, berbeda dengan mereka yang terikat perkawinan. Di Indonesia, pemahaman ini sudah sangat jelas dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN). BPHN menerjemahkan *overspel* menjadi "gendak" (lihat KUHP versi BPHN). Alasannya adalah supaya Zina dalam KUHP tidak dipahami sesederhana Zina dalam pengertian Agama atau moral sosial, namun lebih pada perbuatan "perselingkuhan atau hubungan gelap (gendak)".

Selanjutnya, mengapa Zina adalah delik aduan? Hal ini dapat dilihat dari *Memorie van Toelichting* (MvT) pembahasan KUHP belanda. Adanya delik aduan dikarenakan pertimbangan ikut campurnya alat-alat negara akan mendatangkan kerugian yang lebih besar bagi kepentingan tertentu dari orang yang secara nyata telah dirugikan oleh suatu perbuatan (zina), dibandingkan tidak adanya ikut campur negara dalam kasus tersebut. Selain, adanya pemikiran bahwa apabila seseorang yang merupakan pasangan orang yang berzina, tidak memiliki keinginan untuk bercerai atau mengajukan gugatan perceraian atas perbuatan zina tersebut, maka tidak ada alasan dan dasar yang kuat untuk memberikan kewenangan kepada dirinya meminta negara sekalipun untuk melakukan penuntutan menurut hukum pidana, itulah alasan dibalik adanya delik aduan yang secara ekslusif hanya diberikan pada pasangan orang yang melakukan Zina.

Sama halnya dengan pasal 284, pasal 292 KUHP memiliki dasar filosofis yang sangat kuat. Secara a-contrario delik ini tidak dimaksudkan menjerat hubungan seks sesama jenis kelamin yang dilakukan oleh orang yang sudah dewasa, sebab pidana dalam hal hubungan seks sesama jenis dilakukan

terhadap orang lain belum dewasa (anak). Alasannya, sebab orang dewasa dianggap sudah mampu mengambil putusan dalam konteks privat, sehingga apapun hal yang dilakukan oleh orang dewasa, sepanjang tidak merugikan orang lain, dianggap merupakan bagian privasi dari orang dewasa tersebut. Anak dianggap sebagai seseorang yang tidak mampu memberikan persetujuan (non competent consent). Titik tekan pasal 292 menurut pakar hukum pidana, Simons adalah untuk menjamin orang dewasa tidak berbuat cabul dengan anak, dengan alasan apapun, bahkan apabila yang membujuk rayu adalah anak, atau bahkan apabila orang dewasa tersebut bersifat pasif.

Dasar adanya unsur "sesama jenis" dalam pasal 292 tersebut bertujuan untuk menjamin perluasan perbuatan cabul pada anak. Penggunaan istilah "sesama jenis", menghindarkan konteks hubungan seksual terbatas pada perbuatan-perbuatan yang lazim dilakukan dalam hubungan heteroseksual. Sehingga pasal 292 ini dimaksudkan untuk melindungi anak dari semua tindakan cabul yang dilakukan oleh orang dewasa. Dalam banyak anggapan awam, bahwa perubahan Pasal 292 juga ditujukan untuk melindungi orang dewasa yang "dicabuli" oleh pelaku sesama jenis, namun tampaknya mereka yang berpandangan seperti ini lupa membaca Pasal 289 KUHP, yang sudah memberikan perlindungan yang melingkupi laki-laki maupun perempuan dewasa yang mengalami tindak pidana pencabulan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan baik berlainan jenis kelamin atau sesama jenis kelamin.

Perluasan delik kesusilaan zina ini akan berakibat pada tingginya angka penghukuman dan memperbesar jumlah pelaku tindak pidana. Ini akan berimbas langsung kepada kewajiban Negara terkait kebijakan penal, memperbanyak fasilitas dalam proses pengadilan, penegakan hukum dan Lapas. kondisi ini juga akan mengakibatkan berubahnya prioritas kebijakan kriminal Indonesia. Prioritas pemerintah akan terpecah dalam memerangi kejahatan yang menjadi prioritas misalnya korupsi, gembong narkotika, terorisme dan kejahatan terorganisir lainnya. Padahal pada saat ini saja Indonesia sudah kewalahan menghadapi jenis-jenis kejahatan tersebut. Fokus ini akan terpecah dengan adanya pekerjaan tambahan negara mengurusi pasal-pasal kesusilaan warga negara yang sesungguhnya bukan menjadi prioritas negara saat ini.

Dengan kebijakan pidana yang ingin memperluas tindak pidana kesusilaan maka Negara akan masuk terlalu jauh dalam mengontrol hak yang sangat privasi warga negara. Negara akan sangat mudah untuk mencampuradukkan persoalan yang bersifat privat dan personal dengan urusan yang bersifat publik. Hal ini justru mengingkari kedudukan hukum pidana sebagai upaya terakhir untuk menyelesaikan masalah hukum (ultimum remedium). Dengan kata lain, tidak akan ada lagi penghormatan akan hak atas privasi warga negara, sebab atas nama hukum pidana, negara akan sangat bebas untuk mencampuri urusan privat warga negaranya. Maka bisa dibayangkan, Polisi akan semakin represif dan memiliki kewenangan begitu besar untuk masuk ke ranah privat warga negara.

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)
Supriyadi Widodo Eddyono

Daftar Isi

Bagian I

Permohonan ICJR sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung dalam Perkara Nomor Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016

Kepada Yth.
KETUA MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

Jalan Medan Merdeka Barat No. 6
Jakarta Pusat

Perihal : **Permohonan sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung dalam Perkara Nomor Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**.

Dengan hormat,

Perkenankanlah kami:

Supriyadi Widodo Eddyono , S.H., Wahyudi Djafar, S.H.,
Erasmus A. T. Napitupulu, S.H., Ajeng Gandini Kamilah, S.H

Kesemuanya adalah Advokat/Pengacara Publik/Asisten Advokat/Asisten Pengacara Publik, yang memilih domisili hukum pada kantor **Institute for criminal justice Reform** (**ICJR**), yang beralamat di Jl. Siaga II No. 6F, Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan 12510, Telp/Fax. 021-7945455, bertindak untuk dan atas nama Para Pemberi Kuasa di bawah ini, berdasarkan surat kuasa khusus tertanggal 11 Agustus 2016 dalam hal ini bertindak bersama-sama ataupun sendiri-sendiri untuk dan atas nama:

> **Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana** atau **Institute for criminal justice Reform** (**ICJR**), sebuah perkumpulan yang dibentuk berdasarkan hukum Negara Republik Indonesia yang berkedudukan di Jl. Siaga No 6 F, Pejaten barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan yang dalam hal ini diwakili oleh **Anggara, SH**, warga negara Indonesia, lahir di Surabaya pada 23 Oktober 1979, bertempat tinggal di Jl. Galunggung No 52, Kelurahan Karang Tengah, Kecamatan Karang Tengah, Kota Tangerang, dan **Wahyu Wagiman, SH**, warga negara Indonesia, lahir di Garut pada 19 Juli 1975, bertempat tinggal di Puri Pesona Blok A/1 RT/RW 004/009, Bojong, Pondok Terong, Cipayung, yang bertindak dalam kedudukannya sebagai Ketua dan Sekretaris Badan Pengurus Perkumpulan yang berdasarkan ketentuan Pasal 16 ayat (1) jo Pasal 16 ayat (7) Anggaran Dasar Perkumpulan berhak dan sah bertindak untuk dan atas nama Perkumpulan. Selanjutnya disebut sebagai____**Pemohon**

Para Pemohon dengan ini mengajukan Permohonan sebagai pihak terkait tidak langsung, selanjutnya disebut sebagai "pihak terkait", dalam Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) (**Bukti P-1**) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (**Bukti P-2**).

A. Kewenangan Mahkamah Konstitusi, Kedudukan Hukum, dan kepentingan Para Pemohon Pihak terkait tidak langsung.

1. Bahwa pengakuan hak setiap warga negara Indonesia untuk mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 merupakan satu indikator perkembangan ketatanegaraan yang positif, yang merefleksikan adanya kemajuan bagi penguatan prinsip-prinsip negara hukum;

2. Bahwa Mahkamah Konstitusi, berfungsi antara lain sebagai "*guardian*" dari "*constitutional rights*" setiap warga negara Republik Indonesia. Mahkamah Konstitusi merupakan badan yudisial yang bertugas menjaga hak asasi manusia sebagai hak konstitusional dan hak hukum setiap warga negara. Dengan kesadaran inilah Para Pemohon kemudian memutuskan untuk mengajukan permohonan uji materiil sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung dalam Perkara No. 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

3. Bahwa dalam sidang uji materi (*judicial review*) di Mahkamah Konstitusi, dimungkinkan adanya keterlibatan pihak terkait yang merasa terkait atau terpengaruh oleh proses pengujian suatu undang-undang di Mahkamah Konstitusi;

4. Bahwa berdasarkan ketentuan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 5 Tahun 2006, pihak yang sebagaimana dimaksud disebut sebagai pihak terkait, yakni Pasal 14 Ayat (1) dinyatakan bahwa pihak yang berkepentingan langsung maupun tidak langsung dengan pokok permohonan;

5. Bahwa berdasarkan Pasal 14 ayat (2) pihak terkait yang berkepentingan langsung adalah pihak yang hak/kewenangannya terpengaruh oleh pokok permohonan. Sementara, berdasarkan Pasal 14 Ayat (4) pihak yang berkepentingan tidak langsung adalah:
   a. Pihak yang karena kedudukan, tugas pokok, dan fungsinya perlu didengar keterangannya; atau
   b. Pihak yang perlu didengar keterangannya sebagai *ad informandum*, yaitu pihak yang hak dan/atau kewenangannya tidak secara langsung terpengaruh oleh pokok permohonan tetapi karena kepeduliannya yang tinggi terhadap permohonan dimaksud.

6. Bahwa Pemohon Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana atau ICJR adalah Organisasi Non Pemerintah atau Lembaga Swadaya Masyarakat, yang berdiri berdasarkan hukum neraga Indonesia, yang tumbuh dan berkembang secara swadaya, atas kehendak dan keinginan

sendiri di tengah masyarakat yang didirikan atas dasar kepedulian untuk dapat mendorong pembaruhan hukum pidana dan sistem peradilan pidana, serta memajukan perlindungan hak asasi manusia; (**Bukti P-3**)

7. Bahwa Pemohon merupakan pihak tidak berkepentingan langsung dengan pokok perkara, namun aktivitas organisasinya sehari-hari yang mana ikut berpartisipasi dalam pembaharuan hukum pidana dan perlindungan hak asasi manusia sangat berkepentingan dengan pokok perkara yang sedang diuji. Bahwa kepentingan Pemohon terlihat dari berbagai macam usaha/kegiatan yang telah dilakukan secara terus menerus, sebagaimana halnya telah menjadi pengetahuan umum (*notoire feiten).* Adapun, bentuk kegiatan yang telah dilakukan oleh Pemohon adalah sebagai berikut:

    a. Turut aktif dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara, termasuk dalam pembentukan beragam peraturan perundang-undangan, dengan cara memberikan sejumlah masukan kritis, serta hasil studi, dalam rangka memastikan bahwa setiap kebijakan yang dihasilkan selaras dengan kewajiban negara untuk menghormati, memenuhi dan melindungi hak asasi manusia setiap warga negara;
    b. Secara aktif menyelenggarakan berbagai pelatihan dalam rangka pengutan kapasitas para penyelanggara negara, baik legislatif, pemerintah maupun aparat penegak hukum, sehingga dalam kinerjanya senantiasa memastikan diaplikasikannya prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia;
    c. Terus-menerus melakukan kampanye publik dalam rangka peningkatan kesedaran warga negara akan hak-hak konstitusionalnya yang dijamin oleh UUD 1945, termasuk di dalamnya kampanye terkait pembahasan Rancangan KUHP yang saat ini dibahas di DPR. Kampanye Pemohon dapat dilihat disitus resmi masing-masing Pemohon di www.icjr.or.id, www.reformasikuhp.or.id, www.hukumanmati.web.id, dan www.pantaukuhap.org ;
    d. Melakukan pendampingan hukum secara cuma-cuma bagi kelompok masyarakat yang rentan dan marginal, ketika mereka harus berhadapan dengan hukum;
    e. Menerbitkan berbagai macam buku maupun bentuk-bentuk publikasi lainnya dalam rangka mendorong partisipasi masyarakat dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara maupun dalam penyelenggaraan negara secara umum, khususnya guna memastikan pengintegrasian prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan negara, publikasi digital Pemohon dapat dilihat di situs resmi Pemohon di www.icjr.or.id ;

8. Bahwa Pemohon yang selama ini *concern* dalam isu pembaharuan hukum pidana dan reformasi sistem peradilan pidana di Indonesia sehingga merasa keberadaan pasal-pasal yang diujikan pemohon dalam Perkara Nomor **Nomor : 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**. Pemohon menilai pasal-pasal pidana dalam KUHP tersebut tidak bertentangan dengan Konstitusi, dan apabila dihapuskan akan menimbulkan permasalahan di tengah-tengah masyarakat, atau apabila dirubah tanpa dasar yang jelas, akan berpotensi menciptakan situasi overkriminalisasi dan ketidakpastian hukum di Indonesia, dan hal ini juga akan membebani penegakan hukum di Indonesia. Bahwa *situa*si tersebut secara faktual atau setidak-tidaknya potensial akan akan menggagalkan usaha dan kegiatan yang dilakukan oleh Pemohon sebagai lembaga yang memiliki visi pembaharuan hukum pidana Indonesia yang berkeadilan. Oleh karena itulah eksistensi pasal **Pasal 284 ayat (1),**

ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) haruslah dipertahankan, karena sesuai dengan kepentingan dari pemohon;

9. Bahwa secara historis dan filosofis, pasal-pasal pidana yang menjadi objek dalam perkara, telah disusun dengan memperhatikan perkembangan tindak pidana dan ilmu pidana. Bahwa saat pertama kali diterapkan hingga sekarang, pasal-pasal pidana tersebut telah banyak melindungi hak asasi dari warga negara Indonesia dari kejahatan-kejahatan sebagaimana dirumuskan dalam KUHP;

10. Bahwa adanya permohonan untuk menghapus pasal-pasal tersebut, serta lebih jauh membentuk tindak pidana baru, akan sangat berhubungan pada perlindungan hak-hak warga negara lainnya yang dijamin oleh konstitusi. Lebih jauh, keinginan Pemohon dalam perkara untuk mengkriminalisasikan perbuatan tanpa melalui suatu pembahasan undang-undang di DPR, akan mencederai kepentingan warga negara yang telah dijamin dalam Konstitusi;

11. Bahwa kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana harus diatur dalam Undang-udanng, sebab delik pidana pada dasarnya merupakan pembatasan hak asasi manusia dan juga berpotensi membatasi hak asasi manusia, sehingga pembentukannya harus berdasarkan suatu pembahasan yang matang yang mengikutsertakan wakil dari pemerintah dan wakil dari warga negara, dalam hal ini DPR. Kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana haruslah berdasarkan kesepakatan antara Pemerintah dan masyarakat (DPR), sehingga tidak ada pelanggaran hak dan kepentingan masyarakat yang terjadi;

12. Bahwa sebagai lembaga yang fokus dan peduli dalam melakukan pengawalan pembahasan Rancangan KUHP yang saat ini sedang berlangsung di DPR, Pemohon menilai bahwa permohonan dalam perkara ini seharusnya menjadi masukan dalam pembahasan di DPR karena akan ada pembahasan yang lebih mendalam yang melibatkan unsur masyarakat yang diwakilkan oleh DPR. Bahwa lebih dari itu, usaha untuk menambah delik tindak pidana di Mahkamah Konstitusi nyata-nyata atau setidak-tidaknya potensial akan menggagalkan usaha dan kegiatan yang dilakukan oleh Pemohon pihak terkait tidak langsung, sehingga pemohon memiliki kepentingan yang terpengaruhi oleh permohonan aquo;

13. Bahwa oleh karena penting bagi Pemohon untuk memberikan permohonannya sehingga dapat melengkapi rangkaian pengujian undang-undang aquo yang tengah berlangsung di Mahkamah Konstitusi, agar Mahkamah Konstitusi memiliki berbagai perspektif dalam memeriksa dan mengambil keputusan perkara *a quo* yang sesuai dengan UUD 1945.

B. Argumen Pihak Terkait Tidak Langsung

14. Berdasarkan permohonan aquo, maka pihak terkait menyatakan:

    - Bahwa Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Tidak Bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), Pasal 28 B ayat (1) dan (2), Pasal 28 H ayat (1) dan Pasal 28 J ayat (2)Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

    - Bahawa Pasal 292 KUHP Tidak Bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 G ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945)

- Bahwa oleh karena itu maka hal-hal yang dapat disampaikan pihak terkait tidak langsung untuk dapat menjadi bahan pertimbangan oleh MK dalam memeriksa dan memutus perkara *a quo*, antara lain sebagai berikut:

B.1. Legal Standing pemohon Tidak Terpenuhi

15. Para pemohon aquo tidak dapat membuktikan adanya kerugian konstitusional dari berlakunya pasal-pasal yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi. Bahwa para pemohon dalam perkara mendaftarkan dirinya sebagai permohon individu dengan latar belakang profesi dan kekhususan masing-masing, namun para pemohon gagal untuk menjelaskan adanya hubungan antara berlakunya pasal-pasal aquo dengan kerugian konstitusional yang diterima para pemohon dalam perkara berdasarkan latar belakang profesi dan kekhususan masing-masing;

16. Para pemohon mengasumsikan bahwa KUHP tidak menjangkau tindak pidana sebagaimana disebutkan para pemohon, namun para pemohon tidak menjabarkan dalam hal pelanggaran hak konstitusi seperti apa yang nyata-nyata atau potensi dalam KUHP tidak mampu menjangkau tindak pidana tersebut. Bahwa Pemohon dalam perkara, sama sekali lagi tidak memberikan fakta kerugian konstitusional yang terjadi kepada para pemohon dalam perkara atas asumsi KUHP tidak menjangkau tindak pidana sebagaimana yang domohonkan;

B.2. Pasal 284 Tidak Bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), 28B ayat (1) dan (2), 28H ayat (1), 28 J UUD 1945

17. Bahwa Pasal 284 didasarkan pada pondasi mengenai adanya kepentingan negara dalam menjamin lembaga perkawinan yang diatur oleh Negara sendiri, hal ini sudah dikenal dari mulai hukum Romawi, *code penal* Perancis, KUHP Belanda sampai dengan KUHP Indonesia. Bahwa atas dasar itu, maka negara mengatur adanya pidana zinah sepanjang perempuan dan laki-laki melakukannya dalam ikatan perkawinan yang dilindungi negara terebut;

18. Bahwa "Zina" dalam konteks Pasal 284 berbeda dengan "Zina" yang ada dalam agama Islam atau agama lainnya di dunia, dalam bahasa belanda, Zina yang disebut *overspel* tidak didasari atas pengertian dalam ketentuan agama sebagaimana yang disebut pemohon dalam perkara, namun semata-mata untuk menjamin perlindungan atas lembaga perkawinan yang disahkan oleh negara;

19. Bahwa kepentingan dari negara untuk melindungi suatu perkawinan yang sah dalam pasal aquo juga telah sesuai dengan ketentuan pasal 28B ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah". Bahwa atas dasar menjamin perkawinan yang sah tersebutlah maka Pasal aquo mensyaratkan adanya lembaga perkawinan sebagai syatar tindak pidana zina;

20. Bahwa dalam perkembangannya, Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) kemudian menerjemahkan *overspel* menjadi "gendak" (KUHP versi BPHN). Alasannya adalah supaya Zina dalam KUHP tidak dipahami sesederhana Zina dalam Agama Islam atau agama lainnya, sehingga tidaklah tepat membenturkan ketentuan dalam Pasal 284 KUHP dengan dasar Konstitusi Pasal 29 ayat (1) UUD 1945;

21. Bahwa terkait dengan sifat delik aduan dalam pidana Zina, sesungguhnya dapat dilihat dari *memorie van toelichting* (MvT) pembahasan KUHP belanda. Menurut Pompe, alasan adanya delik aduan dikarenakan pertimbangan beberapa delik tertentu, ikut campurnya alat-alat negara akan mendatangkan kerugian yang lebih besar bagi kepentingan tertentu dari orang yang secara nyata telah dirugikan oleh suatu perbuatan (zina), dibandingkan tidak adanya ikut campur negara dalam kasus tersebut; (MvT : Pompe, dalam P. A. F Lamintang, 2009)

22. Bahwa alasan lain perlunya delik aduan sebab pembentuk KUHP Belanda saat itu berpikiran bahwa apabila seseorang yang merupakan pasangan orang yang berzina, tidak memiliki keinginan untuk bercerai atau mengajukan gugatan perceraian atas perbuatan zina tersebut, maka tidak ada alasan dan dasar yang kuat untuk memberikan kewenangan kepada dirinya meminta negara sekalipun untuk melakukan penuntutan menurut hukum pidana; (Smidt, dalam P. A. F Lamintang, 2009)

23. Bahwa permintaan Pemohon dalam perkara untuk menghilangkan frasa "telah menikah" dan adanya "aduan" justru bertentangan dengan hak warga negara untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah berdasarkan Pasal 28B ayat (1) UUD 1945, sebab dengan begitu, tanpa dasar yang kuat negara akan memiliki kewenangan mencampuri dan melampaui hak warga negara untuk membentuk keluarga melalui perkawinan yang sah;

24. Bahwa pasal aquo merupakan suatu delik pidana yang membatasi perbuatan sebagaimana unsur pasal aquo, pembatasan tersebut didasarkan atas sebuah undang-undang hukum pidana yaitu KUHP yang telah diundangkan di Indonesia melalui suatu pembahasan yang panjang. Bahwa selama ini, pasal aquo telah melindungi kepentingan warga negara dari kejahatan sehingga telah sesuai dengan ketentuan pembatasan berdasarkan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945;

25. Bahwa atas dasar itu Pasal 284 Tidak Bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), 28B ayat (1) dan (2), 28H ayat (1), 28 J UUD 1945;

B.3. Pasal 292 tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) UUD 1945

26. Bahwa ketentuan Pasal 292 merupakan bentuk khusus dari Pasal 289 KUHP, yang secara filosofis, kekhususan dalam Pasal 292 ditujukan kepada "anak" yang dianggap tidak dapat melakukan perlawanan atas tindakan cabul dari sesama jenis;

27. Bahwa unsur yang ada dalam Pasal 292 yang tidak menggunakan unsur kekerasan atau ancaman kekerasan merupakan gambaran bahwa perbuatan yang dilarang semata-mata tidak membutuhkan syarat adanya unsur kekerasan atau ancaman kekerasan. Bahwa dalam pasal aquo juga, anak tidak dapat dipidana, sebab pasal aquo hanya dikenakan pada orang dewasa, konsep ini memberikan perlindungan yang sangat besar pada anak;

28. Bahwa tidak adanya unsur kekerasan atau ancaman kekerasan dalam Pasal tersebut, menunjukkan bahwa anak harus dilindungi sekalipun tidak ada unsur kekerasan atau ancaman kekerasan dalam perbuatan cabul yang dilakukan. Titik tekan pasal aquo menurut *Simons* adalah

untuk menjamin orang dewasa tidak berbuat cabul dengan anak, dengan alasan apapun, bahkan apabila yang membujuk rayu adalah anak, atau bahkan apabila orang dewasa tersebut bersifat pasif; (Simons, dalam P. A. F Lamintang, 2009)

29. Bahwa konsep ini merupakan konsep yang dianut hampir seluruh yurisdiksi di dunia, bahwa anak harus dijauhkan dari ancaman seksual. Karena anak dianggap sebagai seseorang yang tidak mampu memberikan persetujuan (*non competent consent*). Bahwa konsep seseorang yang tidak mampu memberikan suatu persetujuan secara konseptual sudah terdapat dalam regulasi yang berkembang di berbagai negara;

30. Bahwa konsep dari *non competent consent* berangkat dari asumsi bahwa setiap tindakan harus dilakukan dengan kesadaran penuh atas tindakan yang dilakukannya. Maka pada saat seseorang menyetujui akan suatu tindakan, maka pihak yang menyetujui harus mempunyai suatu kompetensi bahwa dirinya adalah pihak yang cakap didepan hukum. Contohnya, adalah anak yang belum berusia dewasa dikategorikan sebagai pihak yang tidak dapat membuat suatu keputusan, sehingga persetujuan yang diberikannya tidak menghilangkan terjadinya tindak pidana.

31. Bahwa adanya unsur "sesama jenis" dalam pasal *a quo*, bertujuan untuk menjamin perluasan perbuatan cabul pada anak. Penggunaan istilah "sesama jenis", menghindarkan konteks hubungan seksual terbatas pada perbuatan-perbuatan yang lazim dilakukan dalam hubungan homoseksual atau heteroseksual seperti memasukkan alat kelamin ke dalam anus, namun juga meliputi perbuatan oral, mempermainkan alat kelamin, dan lain sebagainya;

32. Bahwa penekanan tersebut menimbulkan pendapat bahwa "sesama jenis" tidak hanya sebatas laki-laki dengan laki-laki namun juga perempuan dengan perempuan, sehingga dalam pasal aquo, yang menjadi pidana adalah ketika orang dewasa melakukan hubungan seksual dengan anak tidak hanya dalam bingkai berlainan jenis, namun juga sesama jenis;

33. Bahwa dengan begitu, Pasal *a quo* memang dikhususkan untuk melindungi korban anak dari perbuatan cabul orang dewasa yang sesama jenis.

34. Bahwa dalam rangka prinsip persamaan, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan '*affirmative actions*' meningkatkan daya suatu kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu atau kelompok rentan;

35. Bahwa keistimewaan atau *affirmative actions* dalam prinsip kesetaraan sudah harusnya diberikan kepada subjek yang tepat dalam hal subjek hukum adalah kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu atau kelompok rentan. Anak sebagai kelompok rentan, merupakan salah satu bagian dari subjek hukum yang harus diberikan keistimewaan atau *affirmative actions,* dalam konteks ini, Pasal 292 KUHP telah memberikan kekhususan pada anak sebagai bagian penjaminan hak perlindungan atas anak;

36. Bahwa pemohon dalam permohonannya meminta frasa "diketahui atau patut diketahuinya belum cukup umur" dihapuskan dengan dalil bahwa harus ada perlakuan yang sama antara anak-anak dan orang dewasa serta untuk melindungi korban dewasa;

37. Bahwa terkait dalil tersebut, **Pemohon 46/PUU-XIV/2016** tidak cermat dikarenakan pada dasarnya perlindungan atas perbuatan cabul, baik dewasa maupun anak-anak telah diatur dalam Pasal 289 yang berbunyi:

    Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, diancam karena melakukan perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan, dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.

38. Bahwa dengan Pasal 289 KUHP, sesungguhnya merupakan perlindungan yang juga melingkupi laki-laki dewasa yang mengalami tindak pidana pencabulan, sehingga tidak ada alasan untuk merubah Pasal 292 karena sudah adanya pengaturan dalam Pasal 289 KUHP;

39. Bahwa apabila Pasal 292 diubah sebagaimana permintaan pemohon justru akan melanggar kepastian hukum yang menjadi salah satu ciri negara hukum berdasarkan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, sebab akan terdapat lebih dari satu pasal yang menjerat satu perbuatan, sehingga justru bertentangan dengan jaminan hak atas kepastian hukum dan perlindungan atas rasa aman sebagaimana diatur dalam pasal Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;

40. Bahwa dihilangkannya frasa "diketahui atau patut diketahuinya belum cukup umur" akan mengakibatkan hilangnya kekhususan perlindungan bagi anak dan bertentangan dengan rezim perlindungan hak anak yang diatur dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan *"Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi";*

41. Bahwa atas dasar itu, maka Pasal 292 KUHP tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) UUD 1945

B.4. Merupakan *Open Legal Policy*

42. Bahwa, walaupun KUHP merupakan hasil dari konkodansi atas *Wetboek van Strafrecht*dari KUHP Belanda sejaktahun 1886, akan tetapi berdasarkan Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 telah dinyatakan berlaku di seluruh wilayah Republik Indonesia. Selain itu, berdasarkan *original intent* UUD 1945 termasuk setelah perubahan yang dilakukan pada tahun 1999-2002, tidak ada norma konstitusi yang secara khusus dan langsung mengatur norma-norma yang diatur pada pasal yang diuji tersebut, sehingga norma *a quo* merupakan *open legal policy;*

43. Bahwa pemaknaan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 tidak semata-mata dalam bentuk formal Undang-Undang namun juga berkaitan dengan pembentukan undang-undang yang harus melalui tahapan kesapakatan dengan rakyat melalui pembahasan di DPR (dikenal dengan teori kontrak sosial);

44. Bahwa kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana harus pula dilakukan dalam suatu undang-undang karena akan memuat sanksi yang jelas melakukan pembatasan pada hak asasi manusia, bahwa pembatasan tersebut, terlebih dalam bentuk tindak pidana, harus dilakukan dalam pembahasan yang mendalam dan melibatkan kesapakan dari Pemerintah dan Masyarakat (dalam hal ini diwakili oleh DPR);

45. Bahwa Saat ini, proses legislasi untuk revisi KUHP juga sedang membahas norma *a quo* (*parliamantary and executive review*), sehingga pengujian substansi norma tersebut tidaklah tepat dilakukan saat ini. Oleh karena itu sudah tepat apabila DPR yang melakukan perumusan pidana sebagaimana diinginkan oleh para permohon (*open legal policy*)

46. Bahwa *Opened Legal Policy*. *Open Legal Policy* atau *Legal Policy* yang ketiganya diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai kebijakan hukum terbuka, pertama kali dipergunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005[1].

47. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam beberapa Putusan menyatakan adanya ketentuan (norma) yang merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*). Ketika suatu norma UU masuk ke dalam kategori kebijakan hukum terbuka maka menurut MK norma tersebut berada di wilayah yang bernilai konstitusional atau bersesuaian dengan UUD 1945.

B.5. Nilai-Nilai Agama dan Konstitusi

48. Bahwa Terkait dengan dalil permohonan yang mendasarkan kepada nilai-nilai agama, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 19/PUU-VI/2008 mengenai Pengujian UU Peradilan Agama telah member pandangan atas paham kenegaraan Indonesia mengenai hubungan antara negara dan agama. Menurut Mahkamah dalam putusan a quo, telah tegas dinyatakan bahwa Indonesia bukan negara agama yang hanya didasarkan pada satu agama tertentu, namun Indonesia juga bukan negara sekuler yang sama sekali tidak memperhatikan agama dan menyerahkan urusan agama sepenuhnya kepada individu dan masyarakat. Indonesia adalah negara yang ber-Ketuhanan Yang Maha Esa yang melindungi setiap pemeluk agama untuk melaksanakan ajaran agamanya masing-masing.

49. Bahwa dalam putusan a quo, Mahkamah berpendapat, dalam hubungannya dengan dasar falsafah Pancasila, hukum nasional harus menjamin keutuhan ideologi dan integrasi wilayah negara, serta membangun toleransi beragama yang berkeadilan dan berkeadaban. Dengan demikian, hukum nasional dapat menjadi faktor integrasi yang merupakan alat perekat dan pemersatu bangsa. Pelayanan negara kepada warga negara tidak didasarkan pada ukuran besar (mayoritas) dan kecil (minoritas) pemeluk agama, suku ataupun ras.

50. Selain itu menurut Mahkamah, jika masalah pemberlakuan hukum Islam dikaitkan dengan sumber hukum, maka dapatlah dikatakan bahwa hukum Islam memang menjadi sumber hukum nasional, tetapi hukum Islam bukanlah satu-satunya sumber hukum nasional, sebab selain hukum Islam, hukum adat, dan hukum barat, serta sumber tradisi hukum lain pun menjadi sumber hukum nasional. Oleh sebab itu, hukum Islam dapat menjadi salah satu sumber materiil sebagai bahan peraturan perundang-undangan formal. Hukum Islam sebagai sumber hukum dapat digunakan bersama-sama dengan sumber hukum lainnya, sehingga menjadi bahan pembentukan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai hukum nasional (vide Putusan MahkamahNomor 19/PUU-VI/2008).

---

[1] Menakar Konstitusionalitas sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang-Undang (Appraising the Constitutionality of Open Legal Policy in Judicial Review Activity) lihat Mardian Wibowo http://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php/jk/article/viewFile/63/60

B.6. Bertentangan Dengan Syarat-Syarat Kriminalisasi

51. Bahwa permohonan Perkara Nomor Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 tentu haruslah dapat diuji berdasarkan syarat-syarat kriminalisasi.

52. Bahwa masalah penentuan, perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan sanksi apa yang sebaiknya di gunakan atau di kenakan kepada si pelanggar yang sering di sebut sebagai masalah kriminalisasi haruslah diperhatikan hal-hal yang pada intinya sebagai berikut yakni : Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*). Dan Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overvelasting*). [2]

53. Bahwa Politik hukum pidana (*criminal law politics*) yang mendasari penyusunan pembaharuan hukum pidana adalah politik hukum pidana dalam arti kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi (*criminalization*) atau dekriminalisasi (*decriminalization*) terhadap suatu perbuatan. Secara akademis, menurut Muladi, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut : (i) kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan "*overcriminalization*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*"; (ii) kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*; (iii) kriminalisasi harus mengandung unsur korban, baik secara actual maupun potensial; (iv) kriminalisasI harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principle*); (v) kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*); (vi) kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang "*enforceable*"; (vii) kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitiet* (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali; (viii) kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

54. Bahwa Hasil simposium Pembaharuan hukum pidana nasional bulan agustus 1980[3] di semarang juga mengangkat isu ini dengan menyatakan: masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik criminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut di hukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

55. Bahwa Khususnya mengenai kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi simposisum menyatakan, untuk menetapkan suatu perbuatan itu sebagai tindak pidana perlu memperhatikan criteria umum sebagai berikut;
    a. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau di benci oleh masyarakat karena merugikan atau dapat merugikan mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban.
    b. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbag dengan hasilnya yang akan di capai artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan di capai.

---

[2] Barda Nawawi, *Op.Cit*., hal 32.
[3] Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, 1980 di Semarang.

c. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat di emban oleh kemampuan yang di milikinya
d. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita cita bangsa sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

56. Bahwa Menururt Bassiouni keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminilaisasi harus pula di dasarkan pada factor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor termasuk;
    1. keseimbangan sarana-sarana yang di gunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai
    2. analisi biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang di cari.
    3. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang di cari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia.
    4. Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau di pandang dari pengaruh-pengaruh yang sekunder.

57. Bahwa dengan paparan diatas, pihak terkait menyimpulkan bahwa perluasan tindak pidana dalam permohonan aquo berpotensi melanggar batas-batas untuk melakukan kriminalisasi.

B.6. Menimbulkan Potensi "*Over Criminalization*"

58. Bahwa Bassioni menyatakan problem terbesar dari proses kriminalisasi yang berlangsung terus tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem mengakibatkan timbulnya krisis kelebihan kriminalisasi (*the crisis of over criminalization*) dan krisis kelampauan batas dari hukum pidana (*the crisis of overreach of the criminal law*). Kriris yang pertama mengenai banyakanya atau melimpanhnya jumlah kejahatan dan perbuatan yang di kriminalisasi dan yang kedua mengenai usaha pengendalian perbuatan yang tidak menggunakan sanksi yang efektif.[4]

59. Bahwa dalam studinya mengenai Potret Kriminalisasi pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia, Anugerah Rizki[5] menunjukkan bahwa Hampir satu abad yang lalu, Justin Miller[6] telah memprediksi bahwa pemerintah di berbagai belahan dunia akan mengembangkan strategi yang lebih efektif untuk memastikan kontrol menyeluruh terhadap masyarakat. Dengan melihat pada karakteristik hukum pidana yang bersifat memaksa dan keberadaan berbagai elemen koersif yang dimilikinya, Akan tetapi, terdapat beberapa batasan terhadap pilihan tersebut. Karena lingkupnya yang begitu besar dan beragamnya pemikiran

---

[4] Barda Nawawi, *Op.Cit*., hal 36 mengutip M Cherif Baasioni, *Subtantif Law*, 1978, hal 82
[5] Anugerah Rizki Akbari, Potret Kriminalisasi pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak pidana di Indonesia, ICJR, 2016 , hal 9
[6] *Ibid*., mengutip Justin Miller, "Criminal Law: An Agency for Social Control" dalam *Yale Law Journal, 43*(5), (1934): 691-715.

masyarakat akan tindak pidana dan kriminalitas dari waktu ke waktu, pemerintah seringkali menemui banyak tantangan untuk menggunakan hukum pidana secara tepat[7]

60. Bahwa dalam studinya, David Garland,[8] mengkritik kecenderungan pemerintah untuk menggunakan hukum pidana dalam mengatur masyarakat. Ia berpendapat bahwa pendekatan tersebut tidak akan memberikan keuntungan apapun bagi pemerintah dan justru semakin menunjukkan kelemahan dan ketidakmampuan pemerintah untuk mengontrol kejahatan di wilayahnya. Asumsi yang menyatakan bahwa Negara memiliki kapasitas untuk menjamin rasa aman, menjaga tingkat kepatuhan hukum, dan mampu mengendalikan tingkat kriminalitas merupakan suatu hal yang tidak bisa dibenarkan mengingat Negara memiliki sumber daya yang sangat terbatas untuk menangani hal-hal tersebut. Oleh karena itu, Garland[9] berpendapat bahwa respon yang paling mudah untuk mempertahankan supremasi Negara dalam kasus ini adalah dengan mengintensifikasikan penggunaan hukum pidana, meskipun hal ini merupakan kebijakan simbolik semata. Lebih lanjut, walaupun praktik paling nyata dari fenomena ini banyak terjadi di AS dan Inggris, Garland meyakini bahwa tren tersebut juga terjadi hampir di setiap negara di dunia.[10]

61. Bahwa sejalan dengan pemikiran tersebut, meledaknya jumlah dan lingkup aturan pidana saat ini dilihat sebagai suatu hal yang mengkhawatirkan. Dalam manuskrip '*overcriminalization*'[11] yang ditulis oleh Douulas Husak, menggarisbawahi bahwa banyaknya aturan pidana yang diciptakan oleh Negara akan berakibat pada tingginya angka penghukuman dan memperbesar kemungkinan untuk menciptakan ketidakadilan bagi pelaku tindak pidana. Dengan menggunakan AS sebagai contoh dalam tulisannya, Husak berpendapat pengadilan sering menjatuhkan hukuman yang lebih berat dari apa yang seharusnya diterima pelaku untuk tindak pidana yang dilakukannya.[12] Meski demikian, tren yang lebih mengkhawatirkan bagi Husak adalah tidak sedikit dari hukuman yang dinilai tidak adil tersebut muncul karena pelaku melakukan tindak pidana yang seharusnya tidak perlu dikriminalisasi sama sekali sejak awal.[13] Ia menambahkan bahwa keputusan untuk mengkriminalisasi perbuatan-perbuatan tersebut diambil tanpa memperhatikan syarat paling mendasar untuk menciptakan tindak pidana, yaitu adanya kepentingan yang bersifat substansial dari Negara dan kebermanfaatan fungsi hukum untuk mendukung kepentingan Negara tersebut. Oleh karena itu, menjadi wajar apabila AS (dan juga banyak negara

---

[7] Sebagai contoh, di awal tahun 1930-an, Miller mengatakan bahwa banyak undang-undang yang disahkan di Amerika Serikat (AS) justru mengakomodasi kepentingan sebagian kalangan dan tidak ditujukan untuk memberikan perlakuan yang sama kepada setiap kelompok di negara tersebut. Dimasukkannya pencurian ginseng dan pencurian ayam sebagai kejahatan serius dan diancamnya pencurian kuda dengan pidana mati adalah beberapa contoh dari masalah-masalah di atas Perlu dipahami bahwa hal-hal yang disebutkan pada contoh di atas terjadi pada awal tahun 1930-an. Untuk memahami konteks kekinian mengenai hal ini, baca Jonathan Simon, *Governing through Crime: How War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear,* (New York: Oxford University Press, 2007

[8] David Garland, *The Culture of Control: Crime Control and Social Order in Contemporary Society,* (Oxford: Oxford University Press, 2001), hal 167.

[9] *Ibid*., hal. 199-200.

[10] *Ibid.*

[11] Douglas Husak (1), *Overcriminalization: The Limits of Criminal Law,* (New York: Oxford University Press, 2008), hal. 3.

[12] *Ibid*.

[13] *Ibid.*

di dunia ini) terlalu banyak memiliki tindak pidana yang tingkat keseriusannya masih dipertanyakan.[14]

62. Bawa dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa pilihan untuk menggunakan hukum pidana untuk mengontrol perilaku tidak selalu strategis dan cenderung berpotensi menimbulkan ekses negatif yang mengarah pada terciptanya ketidakadilan bagi masyarakat. Oleh karena itu, dalam pandangan Doulas Husak[15], maka Negara harus membatasi diri untuk mengontrol kehidupan sosial dengan mengedepankan mekanisme hukum pidana dan harus mengembalikan hukum pidana ke posisinya yang semula, yaitu sebagai upaya terakhir untuk menyelesaikan masalah hukum (*ultima ratio*).

63. Bahwa dengan tujuan dari permohonan aquo, maka terlihat ada ancaman overkriminalisasi terhadap terlalu jauh mengatur urusan warga negara yang bersifat privat dan personal menjadi urusan yang bersifat publik.

64. Bahwa Di sisi lain Negara seharusnya tidak mencampuri urusan privat dari warga negaranya namun harus nama menjaga hak-hak serta privasi dari warga negaranya. Dalam hal tindak pidana zina ini, Negara telah melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia dan pelanggaran kebebasan yang serius terhadap warga negaranya

B.7. Melanggar Hak Privasi dan Rasa Aman

65. Bahwa permintaan pemohon untuk melakukan kriminalisasi atas perbuatan zina yang tidak didasarkan atas adanya dasar pekarwinan akan melanggar hak privasi warga negara yang diatur dalam UUD 1945.

66. Bahwa pada dasarnya perbuatan dalam konteks hubungan laki-laki dan perempuan merupakan hak privasi, bahwa dalam konteks melanggar kesusilaan, perbuatan kesusilaan laki-laki dan perempuan yang tidak terikat perkawinan dilarang, sepanjang melanggar hak orang lain dan umum, hal ini sesuai dengan Pasal 281 KUHP yang berbunyi:

> *"Diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah:*
> 1. *barang siapa dengan sengaja* ***dan terbuka*** *melanggar kesusilaan;*
> 2. *barang siapa dengan sengaja dan di depan orang lain yang ada di situ bertentangan dengan kehendaknya, melanggar kesusilaan."*

67. Bahwa Pasal 281 KUHP sudah mengatur ketentuan yang melarang perbuatan kesusilaan dilakukan secara terbuka dan di depan umum, sehingga apabila pelarangan hubungan laki-laki dan perempuan yang tidak dalam hubungan perkawinan dikriminalisasi, maka akan melanggar hak privasi warga negara.

[14] *Ibid*., hal 34-35.
[15] Douglas Husak (2), "The Criminal Law as Last Resort" dalam *Oxford Journal of Legal Studies, 24*(2), (2004), 207-235.

68. Bahwa perbuatan kriminalisasi terbebut juga akan berakibat terlanggarnya hak atas rasa aman, sebab negara akan semakin jauh mencampuri urusan privasi warga negaranya, bahwa hal tersebut tidak dapat dibenarkan dalam konteks suatu masyarakat yang demokratis

69. Bahwa Regulasi mengenai privasi dalam rejim hukum hak asasi manusia internasional diatur pertama kali pada Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) pada Pasal 12 yang menyatakan, "*Noone shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*."

70. Bahwa Pengaturan lebih mengikat dituangkan dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (Kovenan Sipol) yang diatur dalam Pasal 17 yang menyatakan "1. *No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful at tacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.* "

71. Bahewa Rejim hukum hak asasi manusia secara regional juga mengatur perlindungan terhadap hak atas privasi ini. Diantaranya dalam dilihat pada Pasal 11 American Convention on Human Rights (ACHR) yang mengatur "1. *Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized. 2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his f amily, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. 3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*."

72. Pengaturan perlindungan hak atas privasi dalam rejim hukum internasional ini masih bersifat umum, untuk itu perlu dilihat kembali petunjuk operasional dari berbagai peraturan internasional tersebut bagaimana Negara dapat berperan untuk melindungi privasi. Komentar Umum No 16 Kovenan Sipol memberikan petunjuk operasional terhadap perlindungan yang diberikan oleh Pasal 17 Kovenan Sipol. Dalam Komentar Umum No 16 disebutkan jika pada dasarnya Pasal 17 memberikan perlindu ngan terhadap setiap orang dari gangguan dan intervensi yang melanggar hukum dan sewenang -wenang terhadap diri pribadi, keluarga, rumah, komunikasi. Jaminan ini diperlukan untuk mengatasi gangguan dan serangan yang datang dari Negara, orang lain, ataupun dari badan hukum tertentu. Karena itu Negara diwajibkan untuk mengambil langkah langkah legislasi untuk melindungi hak ini.

73. Komentar Umum No. 16 ini juga memberikan beberapa definisi penting terutama menyangkut yang disebut dengan *unlawful* dan *arbitrary interference*. Memahami kedua defisini ini penting sebagai kunci untuk melihat sejauh mana serangan atau gangguan atas diri pribadi seseorang yang dilakukan baik oleh pemerintah dan korporasi dapat dibenarkan sesuai dengan maksud dan tujuan dari Pasal 17 Kovenan Sipol. Persoalannya Komentar Umum No 16 masih bersifat umum, sehingga untuk melihat bagaimana praktek pembatasan yang diperkenankan berdasarkan ketentuan Pasal 17 Kovenan Sipol, maka Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi mengemukakan bahwa pembatasan yang diperkenankan dalam Pasal 17 Kovenan Sipol adalah sesuai dengan pembatasan yang diperkenankan dalam Komentar Umum No 27 Kovenan Sipol. Karena itu untuk melihat pembatasan Hak atas Privasi juga diatur dalam the American Declaration of the Rights and Duties of Man, khususnya dalam Pasal 5 yang

menyatakan, " *Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life*" Juga dalam Pasal 9 yang menyatakan, "*Every person has the right to the inviolability of his home*." Dan juga dalam Pasal 10 yang menyatakan, "*Every person has the right to the inviolability and transmission of his correspondence.* "

74. American Convention on Human Rights juga memberikan perlindungan yang serupa terhadap hak atas privasi yang diatur dalam Pasal 11 yang menyatakan "1*. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized. 2. No one may be the ob ject of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. 3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*." UN Human Rights Committee juga tercatat pernah mengeluarkan putusan mengenai hak atas privasi khususnya pelanggaran privasi yang dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan Pasal 17 ICCPR.

B.8. Berpotensi Menimbulkan Regulasi Yang Diskriminatif

75. Bahwa Kerangka kerja anti diskriminasi melarang setiap perbedaan, perlibatan atau pembatasan basis seks, usia, jender, identitas jender, orientasi seks, status perkawinan, riwayat atau perilaku seks, nyata atau salah, ras, warna, etnik, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal sosial atau negara, kepemilikan, kel ahiran, ketidakmampuan mental dan fisik, status kesehatan, termasuk HIV/AIDS, dan warga negara, politik, sosial dan status lainnya yang memiliki tujuan atau berdampak kerusakan atau pemaksaan penghormatan, kenikmatan atau pelaksanaan berbasias kesetaraan d engan yang lainnya, hak asasi manusia dan kemerdekaan mendasar dalam wilayah politik, ekonomi, sosial, budaya, kewarganegaraan atau wilayah lainnya.

76. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 055/PUU-II/2004 telah menyatakan,

    "*Menimbang bahwa hak-hak asasi yang disebut dalam pasal-pasal UUD tersebut di atas masing-masing non-diskriminasi, persamaan di depan hukum dan hak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi, merupakan prinsip dasar dalam perlindungan hak asasi manusia, akan tetapi UUD tidak memberi pengertian yang jelas tentang prinsip-prinsip tersebut, sehingga Mahkamah harus juga memperhatikan instrumen-instrumen hak asasi manusia baik yang bersifat nasional maupun internasional, karena sebagai anggota PBB memiliki tanggung jawab moral dan hukum untuk menjunjung tinggi instrumen-instrumen hak asasi manusia tersebut yang telah diterima oleh Republik Indonesia*."

77. Bahwa Mahkamah Konstitusi kemudian merujuk pengertian "diskriminasi" sebagaimana yang termaktub dalam Ketentuan Umum Pasal 1 angka (2) Undang-undang No. 39 Tahun 1999 yang memberi definisi diskriminasi adalah "***setiap pembatasan, pelecehan atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya***". Definisi tersebut bersesuaian dengan Pasal 7 *Universal Declaration of Human Rights*

(UDHR) yang dijabarkan dalam Pasal 26 *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) (vide Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 055/PUU-II/2004).

78. Bahwa dengan begitu, permohonan *a quo* berpotensi menimbulkan regulasi hukum pidana Indonesia yang diskriminatif apabila dikabulkan.

C. Petitum

Berdasarkan alasan-alasan hukum dan konstitusionalitas yang telah diuraikan tersebut di atas, maka Pemohon terkait tidak langsung dalam hal ini memohon agar Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dapat mengabulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Mengabulkan seluruh permohonan pihak terkait tidak langsung, dalam Perkara Nomor : 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

2. Menyatakan Menolak atau tidak dapat menerima permohonan yang diajukan oleh Pemohon dalam Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016, khususnya terhadap Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

3. Menyatakan ketentuan dalam Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Atau apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya— ***ex aequo et bono.***

Jakarta, 12 Agustus 2016
Kuasa Hukum Pemohon,

Erasmus A. T. Napitupulu, S.H.

Bagian II
Kesimpulan ICJR

Kepada Yth.
KETUA MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

Jalan Medan Merdeka Barat No. 6
Jakarta Pusat

Perihal : **Kesimpulan sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung, dalam Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016, Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**.

Dengan hormat,

Perkenankanlah kami:

Supriyadi Widodo Eddyono , S.H., Wahyudi Djafar, S.H.,
Erasmus A. T. Napitupulu, S.H., Ajeng Gandini Kamilah, S.H

Kesemuanya adalah Advokat/Pengacara Publik/Asisten Advokat/Asisten Pengacara Publik, yang memilih domisili hukum pada kantor **Institute for criminal justice Reform** (**ICJR**), yang beralamat di Jl. Siaga II No. 6F, Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan 12510, Telp/Fax. 021-7945455, bertindak untuk dan atas nama Para Pemberi Kuasa di bawah ini, berdasarkan surat kuasa khusus tertanggal 11 Agustus 2016 dalam hal ini bertindak bersama-sama ataupun sendiri-sendiri untuk dan atas nama:

Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana atau **Institute for criminal justice Reform** (**ICJR**), sebuah perkumpulan yang dibentuk berdasarkan hukum Negara Republik Indonesia yang berkedudukan di Jl. Siaga No 6 F, Pejaten barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan yang dalam hal ini diwakili oleh **Anggara, SH**, warga negara Indonesia, lahir di Surabaya pada 23 Oktober 1979, bertempat tinggal di Jl. Galunggung No 52, Kelurahan Karang Tengah, Kecamatan Karang Tengah, Kota Tangerang, dan **Wahyu Wagiman, SH**, warga negara Indonesia, lahir di Garut pada 19 Juli 1975, bertempat tinggal di Puri Pesona Blok A/1 RT/RW 004/009, Bojong, Pondok Terong, Cipayung, yang bertindak dalam kedudukannya sebagai Ketua dan Sekretaris Badan Pengurus Perkumpulan yang berdasarkan ketentuan Pasal 16 ayat (1) jo Pasal 16 ayat (7) Anggaran Dasar Perkumpulan berhak dan sah bertindak untuk dan atas nama Perkumpulan.

Selanjutnya disebut sebagai____Pemohon

Dengan ini Pemohon bermaksud mengajukan kesimpulan sebagai pihak terkait tidak langsung, yang selanjutnya disebut "**Pihak Terkait**", dalam Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) (**Bukti P-1**) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (**Bukti P-2**).

Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi

Pada kesempatan yang baik ini, untuk dan atas nama Pihak Terkait, kami mengucapkan terimakasih yang sebesar-besarnya kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, atas dilangsungkannya persidangan dalam permohonan yang diajukan oleh Pemohon, dalam suatu ruang pembuktian yang baik dan adil. Dalam persidangan tersebut, Pihak Terkait diberikan ruang dan kesempatan yang cukup serta berimbang, untuk menyampaikan argumentasinya masing-masing, atas permasalahan yang mengemuka dalam pengujian undang-undang *a quo*.

C. Kewenangan Mahkamah Konstitusi, Kedudukan Hukum, dan kepentingan Para Pemohon Pihak terkait tidak langsung.

79. Bahwa sebagaimana telah dikemukakan oleh Pihak Terkait dalam uraian permohonannya, dalam sidang uji materi (*judicial review*) di Mahkamah Konstitusi, dimungkinkan adanya keterlibatan pihak terkait yang merasa terkait atau terpengaruh oleh proses pengujian suatu undang-undang di Mahkamah Konstitusi. Dengan kesadaran inilah Pihak Terkait kemudian memutuskan untuk mengajukan permohonan uji materiil sebagai Pihak Terkait Tidak Langsung dalam Perkara No. 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

80. Bahwa berdasarkan ketentuan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 5 Tahun 2006, pihak yang sebagaimana dimaksud disebut sebagai Pihak Terkait, yakni Pasal 14 Ayat (1) dinyatakan bahwa pihak yang berkepentingan langsung maupun tidak langsung dengan pokok permohonan;

81. Bahwa berdasarkan Pasal 14 ayat (2) pihak terkait yang berkepentingan langsung adalah pihak yang hak/kewenangannya terpengaruh oleh pokok permohonan. Sementara, berdasarkan Pasal 14 Ayat (4) pihak yang berkepentingan tidak langsung adalah:

c. Pihak yang karena kedudukan, tugas pokok, dan fungsinya perlu didengar keterangannya; atau
d. Pihak yang perlu didengar keterangannya sebagai *ad informandum*, yaitu pihak yang hak dan/atau kewenangannya tidak secara langsung terpengaruh oleh pokok permohonan tetapi karena kepeduliannya yang tinggi terhadap permohonan dimaksud.

82. Bahwa Pihak Terkait Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana atau ICJR adalah Organisasi Non Pemerintah atau Lembaga Swadaya Masyarakat, yang berdiri berdasarkan hukum neraga Indonesia, yang tumbuh dan berkembang secara swadaya, atas kehendak dan keinginan sendiri di tengah masyarakat yang didirikan atas dasar kepedulian untuk dapat mendorong pembaharuan hukum pidana dan sistem peradilan pidana, serta memajukan perlindungan hak asasi manusia; (**Bukti P-3**)

83. Bahwa Pihak Terkait yang selama ini *concern* dalam isu pembaharuan hukum pidana dan reformasi sistem peradilan pidana di Indonesia, sehingga merasa keberadaan pasal-pasal yang diujikan Pemohon dalam Perkara Nomor **Nomor : 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**, Pihak Terkait menilai pasal-pasal pidana dalam KUHP tersebut **tidak bertentangan** dengan Konstitusi, dan apabila dihapuskan akan menimbulkan permasalahan di tengah-tengah masyarakat, atau apabila dirubah tanpa dasar yang jelas, akan berpotensi menciptakan situasi overkriminalisasi dan ketidakpastian hukum di Indonesia, dan hal ini juga akan membebani penegakan hukum di Indonesia. Bahwa *situa*si tersebut secara faktual atau setidak-tidaknya potensial akan akan menggagalkan usaha dan kegiatan yang dilakukan oleh Pihak Terkait sebagai lembaga yang memiliki visi pembaharuan hukum pidana Indonesia yang berkeadilan. Oleh karena itu eksistensi pasal **Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)** haruslah dipertahankan;

84. Bahwa Pihak Terkait sebagai lembaga yang fokus dan peduli dalam melakukan pengawalan pembahasan Rancangan KUHP yang saat ini sedang berlangsung di DPR, Pihak Terkait menilai bahwa permohonan dalam perkara ini seharusnya menjadi masukan dalam pembahasan di DPR karena akan ada pembahasan yang lebih mendalam yang melibatkan unsur masyarakat yang diwakilkan oleh DPR. Bahwa lebih dari itu, usaha untuk menambah delik tindak pidana di Mahkamah Konstitusi nyata-nyata atau setidak-tidaknya potensial akan menggagalkan usaha dan kegiatan yang dilakukan oleh Pemohon pihak terkait tidak langsung, sehingga pemohon memiliki kepentingan yang terpengaruhi oleh permohonan *a quo*;

85. Bahwa oleh karena penting bagi Pihak Terkait untuk memberikan kesimpulan sehingga dapat melengkapi rangkaian pengujian undang-undang aquo yang tengah berlangsung di Mahkamah Konstitusi, agar Mahkamah Konstitusi memiliki berbagai perspektif dalam memeriksa dan mengambil keputusan perkara *a quo* yang sesuai dengan UUD 1945.

D. Argumen Pihak Terkait Tidak Langsung

86. Berdasarkan permohonan aquo, maka pihak terkait menyatakan:

    a. Bahwa Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) **Tidak Bertentangan** dengan Pasal 29 ayat (1), Pasal 28 B ayat (1) dan (2), Pasal 28 H ayat (1) dan Pasal 28 J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

    b. Bahwa Pasal 292 KUHP **Tidak Bertentangan** dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 G ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945)

    c. Bahwa oleh karena itu maka hal-hal yang dapat disampaikan pihak terkait tidak langsung untuk dapat menjadi bahan pertimbangan oleh MK dalam memeriksa dan memutus perkara *a quo*, antara lain sebagai berikut:

B.1. Legal Standing pemohon Tidak Terpenuhi

87. Para Pemohon *a quo* tidak dapat membuktikan adanya kerugian konstitusional dari berlakunya pasal-pasal yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi. Bahwa para pemohon dalam perkara mendaftarkan dirinya sebagai permohon individu dengan latar belakang profesi dan kekhususan masing-masing, namun para pemohon gagal untuk menjelaskan adanya hubungan antara berlakunya pasal-pasal *a quo* dengan kerugian konstitusional yang diterima para pemohon dalam perkara berdasarkan latar belakang profesi dan kekhususan masing-masing;

88. Para pemohon mengasumsikan bahwa KUHP tidak menjangkau tindak pidana sebagaimana disebutkan para pemohon, namun para pemohon tidak menjabarkan dalam hal pelanggaran hak konstitusi seperti apa yang nyata-nyata atau potensi dalam KUHP tidak mampu menjangkau tindak pidana tersebut. Bahwa Pemohon dalam perkara, sama sekali lagi tidak memberikan fakta kerugian konstitusional yang terjadi kepada para pemohon dalam perkara atas asumsi KUHP tidak menjangkau tindak pidana sebagaimana yang dimohonkan;

B.2. Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5) KUHP Tidak Bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), 28B ayat (1) dan (2), 28H ayat (1), 28 J UUD 1945

89. Bahwa secara historis dan filosofis, pasal-pasal pidana yang menjadi objek dalam perkara *a quo*, telah disusun dengan memperhatikan perkembangan tindak pidana dan ilmu pidana. Bahwa saat pertama kali diterapkan hingga sekarang, pasal-pasal pidana *a quo* justru telah banyak melindungi hak asasi dari warga negara Indonesia dari kejahatan-kejahatan sebagaimana dirumuskan dalam KUHP;

90. Bahwa Pasal 284 didasarkan pada pondasi mengenai adanya kepentingan negara dalam menjamin lembaga perkawinan yang diatur oleh Negara sendiri, hal ini sudah dikenal dari mulai hukum Romawi, *code penal* Perancis, KUHP Belanda sampai dengan KUHP Indonesia. Bahwa atas dasar itu, maka negara mengatur adanya pidana zina sepanjang perempuan dan laki-laki melakukannya dalam ikatan perkawinan yang dilindungi negara terebut;

91. Bahwa menurut Ahli Dr. Shidarta,[16] Pasal 284 KUHP dikenal sebagai pasal tentang delik perzinahan. Pembentuk KUHP yang merumuskan Pasal 284 menyadari ada perbedaan antara konsep zinah dalam kehidupan bermasyarakat. Untuk itulah maka delik yang dimuat dalam pasal ini diberi batas yang tegas, dengan menyatakan bahwa tindak pidana yang dikenakan atas pasal ini hanya ditujukan bagi:
    a. pria/wanita yang telah kawin; dan
    b. pria/wanita yang turut serta melakukan terhadap pihak lain yang telah kawin.

92. Bahwa Delik ini juga dikategorikan sebagai delik aduan, yang dalam hal ini diajukan atas pengaduan suami/isteri yang tercemar. Benar bahwa dalam kaca mata agama, konsep zinah tidak terkait ke persoalan status perkawinan dari pelakunya. Artinya, mereka yang berstatus lajang pun, tetap masuk dalam kriteria berzinah, jika perbuatan itu dilakukan dengan siapapun yang tidak dilandasi ikatan perkawinan yang sah. Namun, di sini hukum pidana mencermati bahwa untuk para pelaku yang berstatus lajang, tidak ada konsekuensi yang mencederai ikatan kekeluargaannya dengan pihak lain. Di dalam hal ini, tidak ada isteri atau suami yang dianggap tercemar oleh perilaku pasangannya.

93. Keberadaan pasal ini layak dipertahankan karena:
    a. apabila delik kesusilaan ingin dimuat sebagai ketentuan pidana, maka ia harus secara minimal mencantumkan unsur-unsur perbuatannya, mengingat delik kesusilaan sangat berpotensial untuk terjadinya over-kriminalisasi;
    b. pembatasan subjeknya pada orang-orang yang sudah terikat perkawinan dengan pihak lain menunjukkan delik kesusilaan dalam pasal ini ingin memberi penghormatan yang tinggi terhadap lembaga perkawinan, namun di sisi lain juga berusaha mencegah akibat yang buruk pada pasangan-pasangan yang sudah terikat tali perkawinan apabila inisiatif pengaduan dibiarkan terbuka (delik aduan menjadi delik biasa).

94. Bahwa gagasan untuk melakukan uji material terhadap Pasal 284 KUHP, dengan demikian mempunyai konsekuensi logis menghilangkan koridor yang dibangun untuk mencegah over-kriminalisasi dan menjaga eksklusivitas pengaduannya. Akibatnya, delik perzinahan akan terbuka untuk dikenakan kepada lebih banyak orang tanpa ada tujuan pemidanaan yang jelas. Tidak ada bukti empiris yang akurat bahwa dengan dipidananya makin banyak orang karena tuduhan berzinah, akan membuat tindak perzinahan menurun. Yang terjadi justru akan membuat penegakan hukum pidana menjadi sangat mahal dan kehilangan orientasi. Tujuan pemidanaan yang ingin bernafsu menjerat makin banyak orang seperti ini jelas tidak sejalan dengan semangat

[16] Keterangan Tertulis Ahli Dr. Shidarta, S.H., M.Hum, tanggal 22 September 2016, hlm. 2-3.

ultimum remedium yang ingin dikedepankan dalam kebijakan hukum pidana Indonesia. Penghormatan terhadap pasangan (isteri/suami) yang telah terikat perkawinan inilah yang menjadi filosofi mengapa Pasal 284 KUHP ini diadakan.

95. Selain itu, menurut Ahli Sri Wiyanti Eddyono, SH., LLM (HR), PhD[17], Pembentukan tatanan hukum yang saling bersinergi dan sifatnya saling melengkapi terkait dengan ketahanan keluarga dan nilai-nilai agama, Indonesia secara spesifik telah memiliki beberapa pengaturan, yakni Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan memberlakukan Kompilasi Hukum Islam. Terkait dengan hukum pidana dalam relasi keluarga juga terdapat UU No. 23 tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Keberadaan peraturan tersebut menjadi indikasi bahwa ketahanan keluarga sudah menjadi fokus perhatian bagi banyak pihak, khususnya pembentuk kebijakan. Ada relasi-relasi tertentu yang diatur dalam hukum yang bersifat privat, yaitu UU Perkawinan dan yang lainnya dalam bentuk hukum publik, yang diharapkan saling berhubungan dan saling melengkapi. Hubungan suami dan isteri dan hak dan kewajiban orang tua diatur dalam UU yang bersifat privat, dimana wilayah privat bisa digeser ke wilayah publik ketika ada unsur kekerasan;

96. Bahwa kepentingan dari negara untuk melindungi suatu perkawinan yang sah dalam pasal aquo juga telah sesuai dengan ketentuan pasal 28B ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah". Bahwa atas dasar menjamin perkawinan yang sah tersebutlah maka Pasal *a quo* mensyaratkan adanya lembaga perkawinan sebagai syarat tindak pidana zina;

97. Bahwa menurut Ahli Roichatul Aswidah,[18] pemidanaan dalam perspektif hak asasi manusia sebagai wujud pelaksanaan kewajiban negara atau *state obligation*. Kewajiban untuk menghormati bermakna bahwa negara diwajibkan untuk menahan diri dan tidak mengintervensi hak-hak individu. Sementara kewajiban untuk menjamin meliputi kewajiban untuk memenuhi (*obligation to fulfill*) dan kewajiban untuk melindungi (*obligation to respect*).[19] Sesuai dengan prinsip yang dinyatakan dalam Pasal 26 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), Negara-negara Pihak diwajibkan untuk melaksanakan kewajiban-kewajibannya berdasarkan Kovenan dengan itikad baik (*good faith*).[20] Kewajiban untuk melindungi (*obligation to protect*) memiliki rujukan utama pada ketentuan Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang memuat terminologi hak atas perlindungan hukum (*rights to the protection of the law*) yang memang memberi amanah kepada negara untuk mengambil langkah melakukan perlindungan, bukan hanya dari aparatur negara, namun juga terhadap intervensi pihak ketiga atau sesama masyarakat. Hal ini memberikan kewajiban kepada negara

---

[17] Keterangan Tertulis Ahli Sri Wiyanti Eddyono, SH., LLM (HR), PhD, tanggal 20 September 2016, hlm. 6

[18] Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A, dalam Risalah Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 22 September 2016, hlm. 12-13

[19] Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Publishers, 2005, hal. 37

[20] Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, General Comment No. 31 [80], *op.cit* (catatan kaki 1), paragraf 3

untuk memberikan perlindungan dengan dalam beberapa hal membatasi hak, termasuk dalam hal ini kemudian mengkriminalkan (*criminalization*) suatu perbuatan apabila langkah lain tidak mencukupi. Beberapa perbuatan pelanggaran hak asasi manusia kemudian ditetapkan sebagai sebuah tindakan pidana. Dengan demikian, mengkriminalkan suatu perbuatan menjadi tindak pidana adalah sebuah langkah yang menjadi pelaksanaan kewajiban negara, yaitu untuk melindungi (*obligation to protect*). Namun demikian, hal ini dilakukan sebagai langkah terakhir (ultimum remedium) atau *last resort* apabila langkah lain dianggap tidak mencukupi;

98. Bahwa kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana harus diatur dalam Undang-undang, sebab delik pidana pada dasarnya merupakan pembatasan hak asasi manusia dan juga berpotensi membatasi hak asasi manusia, sehingga pembentukannya harus berdasarkan suatu pembahasan yang matang yang mengikutsertakan wakil dari pemerintah dan wakil dari warga negara, dalam hal ini DPR. Kriminalisasi suatu perbuatan menjadi tindak pidana haruslah berdasarkan kesepakatan antara Pemerintah dan masyarakat (DPR), sehingga tidak ada pelanggaran hak dan kepentingan masyarakat yang terjadi;

99. Bahwa menurut Ahli Sri Wiyanti Eddyono, SH., LLM (HR), PhD[21]., Hukum pidana harus diiringi dengan perangkat hukum-hukum lainnya, dan bahkan perangkat dan tatanan sosial yang menyeluruh. Hukum pidana perlu diletakkan **sebagai tempat yang khusus karena merupakan mekanisme yang cenderung bersifat represif dengan karakternya yang memiliki unsur memaksa.** Dengan sifat represifnya, **hukum pidana tidak selalu sebagai jalan yang tepat untuk menyelesaikan problem yang terjadi di dalam masyarakat** (Nawawi Arief, 2005). Karena itu, kriminalisasi perlu dilakukan dengan secara hati-hati dengan mempertimbangkan berbagai faktor-faktor yang saling melengkapi agar penerapannya dalam berjalan efektif. Jika tidak, kriminalisasi dapat berbalik menjadi mekanisme yang tidak efektif untuk penyelesaikan problem di dalam masyarakat, khususnya problem terkait dengan ketahanan keluarga dan upaya untuk perlindungan nilai-nilai agama. Hukum pidana tidak akan bisa efektif diterapkan jika elemen-elemen yang ada di dalam masyarakat tidak menjalankan peran secara efektif untuk mencegah terjadinya berbagai bentuk persoalan di dalam masyarakat. Tim ahli berpendapat bahwa sebelum adanya kriminalisasi maka sebaiknya berbagai upaya yang seharusnya dijalankan oleh elemen-elemen non hukum hendaknya diusahakan terlebih dahulu. Perubahan pasal-pasal di atas tidak akan memberi kemanfaatan karena ada persoalan yang utama yang tingkatnya berlapis: selayaknya persoalan perzinahan merupakan persoalan yang hendaknya diupayakan oleh berbagai insitusi keluarga, sosial, agama dan kemasyarakatan. Pendekatan yang bersifat represif belum tentu dapat merespon kekompleksitasan persoalan yang ada.

100. Bahwa dalam perkembangannya, Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) kemudian menerjemahkan *overspel* menjadi "gendak" (KUHP versi BPHN). Alasannya adalah supaya Zina dalam KUHP tidak dipahami sesederhana Zina dalam Agama Islam atau agama lainnya, sehingga tidaklah tepat membenturkan ketentuan dalam Pasal 284 KUHP dengan dasar Konstitusi Pasal 29 ayat (1) UUD 1945;

[21] Keterangan Tertulis Ahli Sri Wiyanti Eddyono, SH., LLM (HR), PhD, tanggal 20 September 2016, hlm. 3

101. Bahwa terkait dengan sifat delik aduan dalam pidana Zina, sesungguhnya dapat dilihat dari *memorie van toelichting* (MvT) pembahasan KUHP belanda. Menurut Pompe, alasan adanya delik aduan dikarenakan pertimbangan beberapa delik tertentu, ikut campurnya alat-alat negara akan mendatangkan kerugian yang lebih besar bagi kepentingan tertentu dari orang yang secara nyata telah dirugikan oleh suatu perbuatan (zina), dibandingkan tidak adanya ikut campur negara dalam kasus tersebut; (MvT : Pompe, dalam P. A. F Lamintang, 2009)

102. Bahwa alasan lain perlunya delik aduan sebab pembentuk KUHP Belanda saat itu berpikiran bahwa apabila seseorang yang merupakan pasangan orang yang berzina, tidak memiliki keinginan untuk bercerai atau mengajukan gugatan perceraian atas perbuatan zina tersebut, maka tidak ada alasan dan dasar yang kuat untuk memberikan kewenangan kepada dirinya meminta negara sekalipun untuk melakukan penuntutan menurut hukum pidana; (Smidt, dalam P. A. F Lamintang, 2009)

103. Bahwa permintaan Pemohon dalam perkara untuk menghilangkan frasa "telah menikah" dan adanya "aduan" justru bertentangan dengan hak warga negara untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah berdasarkan Pasal 28B ayat (1) UUD 1945, sebab dengan begitu, tanpa dasar yang kuat negara akan memiliki kewenangan mencampuri dan melampaui hak warga negara untuk membentuk keluarga melalui perkawinan yang sah;

104. Bahwa menurut Dr. Shidarta,[22] Setiap ketentuan yang diformulasikan sebagai norma hukum harus dipersepsikan sebagai ketentuan etis paling minimal *(das Recht ist das ethische Minimum).* Hal ini terutama juga berlaku dalam hukum pidana. Artinya, hukum pidana ingin agar apa yang disebut tindakan tidak etis *(immoral)*, harus ditentukan batas-batasnya secara tegas. Membiarkan batas-batas ini berada dalam koridor yang longgar, akan mengundang bahaya yang menjurus ke tindakan over-kriminalisasi.

105. Bahwa pasal *a quo* merupakan suatu delik pidana yang membatasi perbuatan sebagaimana unsur pasal *a quo*, pembatasan tersebut didasarkan atas sebuah undang-undang hukum pidana yaitu KUHP yang telah diundangkan di Indonesia melalui suatu pembahasan yang panjang. Bahwa selama ini, pasal aquo telah melindungi kepentingan warga negara dari kejahatan sehingga telah sesuai dengan ketentuan pembatasan berdasarkan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945;

106. Bahwa atas dasar itu Pasal 284 Tidak Bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1), 28B ayat (1) dan (2), 28H ayat (1), 28 J UUD 1945;

B.3. Pasal 292 KUHP Tidak Bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) UUD 1945

107. Bahwa ketentuan Pasal 292 merupakan bentuk khusus dari Pasal 289 KUHP. Menurut Ahli Dr. Shidarta, S.H., M.Hum, Pasal 292 KUHP berkenaan dengan delik kesusilaan untuk pelaku orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan anak-anak. Artinya, secara a-contrario delik ini tidak mencakup perbuatan hubungan seks sesama jenis kelamin yang dilakukan oleh orang-orang yang sudah dewasa. Negara harus meyakini bahwa setiap warga negaranya yang sudah dewasa dianggap cakap untuk bertindak memilih apa-apa yang terbaik bagi dirinya sendiri. Untuk itu, hal-hal yang bersifat pribadi merupakan hak sepenuhnya yang harus dihormati oleh negara. Aktivitas seksual termasuk di dalam ranah privat (bahkan sangat privat) yang jelas tidak

[22] Keterangan Ahli Tertulis Dr. Shidarta, S.H., M.Hum, tanggal 22 September 2016, hlm. 2-3.

boleh sampai diintervensi oleh negara. Tentu saja, persoalannya menjadi berbeda apabila di dalam aktivitas seksual ini ada pihak yang dirugikan atau tercemar. Di sini negara dipersilakan untuk berperan, tidak dalam konteks mengintervensi ranah privat, tetapi dalam rangka melindungi hak warganya yang dirugikan oleh tindakan pihak lain.

108. Selanjutnya menurut keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A[23], Pengadilan HAM Eropa dan Komite HAM PBB dalam hal ini sungguh-sungguh memperhatikan prinsip-prinsip umum pembatasan utamanya proporsionalitas serta menempatkan pemidanaan sebagai *last resort*/*ultimum remedium* yang kemudian berpandangan bahwa pemidanaan hanya diperlukan untuk anak-anak guna melindungi mereka oleh karena belum mampu melindungi diri sendiri serta belum mampu mengatur diri sendiri termasuk ruang otonomnya.

109. Gagasan untuk menyatakan Pasal 292 KUHP tidak lagi memiliki kekuatan mengikat secara normatif sebagai bagian dari hukum pidana, justru akan sangat membahayakan, khususnya jika dilandasi oleh keinginan menghukum semua orang yang dianggap memiliki orientasi seksual "menyimpang" (di luar normal). Akan muncul bentuk-bentuk penghukuman yang kontraproduktif, yang berasumsi bahwa pemidanaan bakal mengubah orientasi seksual seseorang.

110. Dengan demikian, aktivitas seksual yang dilakukan seseorang yang sudah dewasa, sepanjang dilakukan dalam ranah privat dan tidak menyebabkan kerugian bagi pihak lain, harus tetap dibiarkan sebagai urusan personal. Namun, negara perlu memasang rambu-rambu untuk menunjukkan aktivitas personal ini sudah masuk ke ranah publik, sehingga menjadi aktivator yang mengundang campur tangan negara. Rambu-rambu itu sudah terdapat dalam Pasal 292 KUHP, yakni apabila salah satu subjek dari aktivitas seksual itu adalah anak-anak. Jadi, fokus perlindungan hukum dari pasal ini sangat tegas, yaitu anak-anak.

111. Bahwa unsur yang ada dalam Pasal 292 yang tidak menggunakan unsur kekerasan atau ancaman kekerasan merupakan gambaran bahwa perbuatan yang dilarang semata-mata tidak membutuhkan syarat adanya unsur kekerasan atau ancaman kekerasan. Bahwa dalam pasal *a quo* juga, anak tidak dapat dipidana, sebab pasal *a quo* hanya dikenakan pada orang dewasa, konsep ini memberikan perlindungan yang sangat besar pada anak;

112. Bahwa tidak adanya unsur kekerasan atau ancaman kekerasan dalam Pasal tersebut, menunjukkan bahwa anak harus dilindungi sekalipun tidak ada unsur kekerasan atau ancaman kekerasan dalam perbuatan cabul yang dilakukan. Titik tekan pasal aquo menurut *Simons* adalah untuk menjamin orang dewasa tidak berbuat cabul dengan anak, dengan alasan apapun, bahkan apabila yang membujuk rayu adalah anak, atau bahkan apabila orang dewasa tersebut bersifat pasif; (Simons, dalam P. A. F Lamintang, 2009)

113. Bahwa konsep ini merupakan konsep yang dianut hampir seluruh yurisdiksi di dunia, bahwa anak harus dijauhkan dari ancaman seksual. Karena anak dianggap sebagai seseorang yang tidak mampu memberikan persetujuan (*non competent consent*). Bahwa konsep seseorang yang tidak mampu memberikan suatu persetujuan secara konseptual sudah terdapat dalam regulasi yang berkembang di berbagai negara;

---

[23] Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A, dalam Risalah Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 22 September 2016, hlm. 12-13

114. Bahwa konsep dari *non competent consent* berangkat dari asumsi bahwa setiap tindakan harus dilakukan dengan kesadaran penuh atas tindakan yang dilakukannya. Maka pada saat seseorang menyetujui akan suatu tindakan, maka pihak yang menyetujui harus mempunyai suatu kompetensi bahwa dirinya adalah pihak yang cakap didepan hukum. Contohnya, adalah anak yang belum berusia dewasa dikategorikan sebagai pihak yang tidak dapat membuat suatu keputusan, sehingga persetujuan yang diberikannya tidak menghilangkan terjadinya tindak pidana.

115. Bahwa adanya unsur "sesama jenis" dalam pasal *a quo*, bertujuan untuk menjamin perluasan perbuatan cabul pada anak. Penggunaan istilah "sesama jenis", menghindarkan konteks hubungan seksual terbatas pada perbuatan-perbuatan yang lazim dilakukan dalam hubungan homoseksual atau heteroseksual seperti memasukkan alat kelamin ke dalam anus, namun juga meliputi perbuatan oral, mempermainkan alat kelamin, dan lain sebagainya;

116. Bahwa penekanan tersebut menimbulkan pendapat bahwa "sesama jenis" tidak hanya sebatas laki-laki dengan laki-laki namun juga perempuan dengan perempuan, sehingga dalam pasal aquo, yang menjadi pidana adalah ketika orang dewasa melakukan hubungan seksual dengan anak tidak hanya dalam bingkai berlainan jenis, namun juga sesama jenis;

117. Bahwa dalam rangka prinsip persamaan, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan '*affirmative actions*' meningkatkan daya suatu kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu atau kelompok rentan;

118. Bahwa keistimewaan atau *affirmative actions* dalam prinsip kesetaraan sudah harusnya diberikan kepada subjek yang tepat dalam hal subjek hukum adalah kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu atau kelompok rentan. Anak sebagai kelompok rentan, merupakan salah satu bagian dari subjek hukum yang harus diberikan keistimewaan atau *affirmative actions,* dalam konteks ini, Pasal 292 KUHP telah memberikan kekhususan pada anak sebagai bagian penjaminan hak perlindungan atas anak;

119. Bahwa pemohon dalam permohonannya meminta frasa "diketahui atau patut diketahuinya belum cukup umur" dihapuskan dengan dalil bahwa harus ada perlakuan yang sama antara anak-anak dan orang dewasa serta untuk melindungi korban dewasa;

120. Bahwa terkait dalil tersebut, Pemohon 46/PUU-XIV/2016 <u>tidak cermat</u>, dikarenakan pada dasarnya perlindungan atas perbuatan cabul, baik dewasa maupun anak-anak telah diatur dalam Pasal 289 yang berbunyi:

Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, diancam karena melakukan perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan, dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.

121. Bahwa dengan Pasal 289 KUHP, sesungguhnya merupakan perlindungan yang juga melingkupi laki-laki dewasa yang mengalami tindak pidana pencabulan, sehingga tidak ada alasan untuk merubah Pasal 292 karena sudah adanya pengaturan dalam Pasal 289 KUHP;

122. Bahwa menurut Ahli Sri Wiyanti Eddyono, SH., LLM (HR), PhD.[24], karena posisinya sebagai anak, jauh memiliki kerentantan ketimbang orang dewasa. Orang dewasapun dapat menjadi korban kekerasan dari orang dewasa, termasuk mereka yang memiliki orientasi seksual berbeda jika mereka mereka tidak mempunyai atau kurang memiliki kekuasaan dari yang lain. Walaupun secara teori ini dimungkinkan, hanya perlu ada data yang valid yang dikumpulkan berdasarkan pengalaman riel kasus-kasus yang ada untuk menunjukkan kerentanan sesama orang dewasa terhadap kasus-kasus percabulan sesama jenis. Tidak cukup argumentasi dimunculkan dengan ungkapan yang mengeneralistis seperti ungkapan **'banyak kasus'** yang tidak didasarkan pada proses pengumpulan data yang memadai. Ketidaan data yang memadai, melalui proses penelitian yang dapat dipertanggung jawabkan, akan membuat argumentasi sangat lemah atas butuhnya perubahan penafsiran di dalam Pasal 292 KUHP;

123. Bahwa apabila Pasal 292 diubah sebagaimana permintaan pemohon justru akan melanggar kepastian hukum yang menjadi salah satu ciri negara hukum berdasarkan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, sebab akan terdapat lebih dari satu pasal yang menjerat satu perbuatan, sehingga justru bertentangan dengan jaminan hak atas kepastian hukum dan perlindungan atas rasa aman sebagaimana diatur dalam pasal Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;

124. Bahwa dihilangkannya frasa "diketahui atau patut diketahuinya belum cukup umur" akan mengakibatkan hilangnya kekhususan perlindungan bagi anak dan bertentangan dengan rezim perlindungan hak anak yang diatur dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan "*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*";

125. Bahwa atas dasar itu, Pasal *a quo* memang dikhususkan untuk melindungi korban anak dari perbuatan cabul orang dewasa yang sesama jenis, dan Pasal 292 KUHP **tidak bertentangan** dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1) UUD 1945

B.4. Merupakan *Open Legal Policy*

126. Bahwa, walaupun KUHP merupakan hasil dari konkordansi atas *Wetboek van Strafrecht* dari KUHP Belanda sejak tahun 1886, akan tetapi berdasarkan Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 telah dinyatakan berlaku di seluruh wilayah Republik Indonesia. Selain itu, berdasarkan *original intent* UUD 1945 termasuk setelah perubahan yang dilakukan pada tahun 1999-2002, tidak ada norma konstitusi yang secara khusus dan langsung mengatur norma-norma yang diatur pada pasal yang diuji tersebut, sehingga norma *a quo* merupakan *open legal policy;*

127. Bahwa pemaknaan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 tidak semata-mata dalam bentuk formal Undang-Undang namun juga berkaitan dengan pembentukan undang-undang yang harus melalui tahapan kesapakatan dengan rakyat melalui pembahasan di DPR (dikenal dengan teori kontrak sosial);

128. Bahwa adanya permohonan untuk menghapus pasal-pasal tersebut, serta lebih jauh membentuk tindak pidana baru, akan sangat berhubungan pada perlindungan hak-hak warga negara lainnya yang dijamin oleh konstitusi. Lebih jauh, keinginan Pemohon dalam perkara

[24] Keterangan Ahli Tertulis Sri Wiyanti Eddyono, SH., LLM (HR), PhD., tanggal 20 September 2016, hlm. 10

untuk mengkriminalisasikan perbuatan tanpa melalui suatu pembahasan undang-undang di DPR, akan mencederai kepentingan warga negara yang telah dijamin dalam Konstitusi;

129. Bahwa Saat ini, proses legislasi untuk revisi KUHP juga sedang membahas norma *a quo* (*parliamantary and executive review*), sehingga pengujian substansi norma tersebut tidaklah tepat dilakukan saat ini. Oleh karena itu sudah tepat apabila DPR yang melakukan perumusan pidana sebagaimana diinginkan oleh para permohon (*open legal policy*)

130. Bahwa *Opened Legal Policy*. *Open Legal Policy* atau *Legal Policy* yang ketiganya diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai kebijakan hukum terbuka, pertama kali dipergunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 10/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005[25].

131. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam beberapa Putusan menyatakan adanya ketentuan (norma) yang merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*). Ketika suatu norma UU masuk ke dalam kategori kebijakan hukum terbuka maka menurut MK norma tersebut berada di wilayah yang bernilai konstitusional atau bersesuaian dengan UUD 1945.

B.5. Nilai-Nilai Agama dan Konstitusi

132. Bahwa Terkait dengan dalil permohonan yang mendasarkan kepada nilai-nilai agama, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 19/PUU-VI/2008 mengenai Pengujian UU Peradilan Agama telah member pandangan atas paham kenegaraan Indonesia mengenai hubungan antara negara dan agama. Menurut Mahkamah dalam putusan a quo, telah tegas dinyatakan bahwa Indonesia bukan negara agama yang hanya didasarkan pada satu agama tertentu, namun Indonesia juga bukan negara sekuler yang sama sekali tidak memperhatikan agama dan menyerahkan urusan agama sepenuhnya kepada individu dan masyarakat. Indonesia adalah negara yang ber-Ketuhanan Yang Maha Esa yang melindungi setiap pemeluk agama untuk melaksanakan ajaran agamanya masing-masing.

133. Bahwa menurut Ahli Dr. Shidarta, S.H., M.Hum., benar bahwa dalam kaca mata agama, konsep zinah tidak terkait ke persoalan status perkawinan dari pelakunya. Artinya, mereka yang berstatus lajang pun, tetap masuk dalam kriteria berzinah, jika perbuatan itu dilakukan dengan siapapun yang tidak dilandasi ikatan perkawinan yang sah. Namun, di sini hukum pidana mencermati bahwa untuk para pelaku yang berstatus lajang, tidak ada konsekuensi yang mencederai ikatan kekeluargaannya dengan pihak lain. Di dalam hal ini, tidak ada isteri atau suami yang dianggap tercemar oleh perilaku pasangannya. Penghormatan terhadap pasangan (isteri/suami) yang telah terikat perkawinan inilah yang menjadi filosofi mengapa Pasal 284 KUHP ini diadakan.

134. Bahwa dalam putusan a quo, Mahkamah berpendapat, dalam hubungannya dengan dasar falsafah Pancasila, hukum nasional harus menjamin keutuhan ideologi dan integrasi wilayah negara, serta membangun toleransi beragama yang berkeadilan dan berkeadaban. Dengan demikian, hukum nasional dapat menjadi faktor integrasi yang merupakan alat perekat dan pemersatu bangsa. Pelayanan negara kepada warga negara tidak didasarkan pada ukuran besar (mayoritas) dan kecil (minoritas) pemeluk agama, suku ataupun ras.

---

[25] Menakar Konstitusionalitas sebuah Kebijakan Hukum Terbuka dalam Pengujian Undang-Undang (Appraising the Constitutionality of Open Legal Policy in Judicial Review Activity) lihat Mardian Wibowo http://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php/jk/article/viewFile/63/60

135. Selain itu menurut Mahkamah, jika masalah pemberlakuan hukum Islam dikaitkan dengan sumber hukum, maka dapatlah dikatakan bahwa hukum Islam memang menjadi sumber hukum nasional, tetapi hukum Islam bukanlah satu-satunya sumber hukum nasional, sebab selain hukum Islam, hukum adat, dan hukum barat, serta sumber tradisi hukum lain pun menjadi sumber hukum nasional. Oleh sebab itu, hukum Islam dapat menjadi salah satu sumber materiil sebagai bahan peraturan perundang-undangan formal. Hukum Islam sebagai sumber hukum dapat digunakan bersama-sama dengan sumber hukum lainnya, sehingga menjadi bahan pembentukan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai hukum nasional (vide Putusan MahkamahNomor 19/PUU-VI/2008).

B.6. Bertentangan Dengan Syarat-Syarat Kriminalisasi

136. Bahwa permohonan Perkara Nomor Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 tentu haruslah dapat diuji berdasarkan syarat-syarat kriminalisasi.

137. Bahwa masalah penentuan, perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan sanksi apa yang sebaiknya di gunakan atau di kenakan kepada si pelanggar yang sering di sebut sebagai masalah kriminalisasi haruslah diperhatikan hal-hal yang pada intinya sebagai berikut yakni : Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*). Dan Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overvelasting*). [26]

138. Bahwa Politik hukum pidana (*criminal law politics*) yang mendasari penyusunan pembaharuan hukum pidana adalah politik hukum pidana dalam arti kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi (*criminalization*) atau dekriminalisasi (*decriminalization*) terhadap suatu perbuatan. Secara akademis, menurut Muladi, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut : (i) kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan "*overcriminalization*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*"; (ii) kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*; (iii) kriminalisasi harus mengandung unsur korban, baik secara actual maupun potensial; (iv) kriminalisasI harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principle*); (v) kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*); (vi) kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang "*enforceable*"; (vii) kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitiet* (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali; (viii) kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

139. Bahwa Hasil simposium Pembaharuan hukum pidana nasional bulan agustus 1980[27] di semarang juga mengangkat isu ini dengan menyatakan: masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik criminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut di hukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

---

[26] Barda Nawawi, *Op.Cit*., hal 32.
[27] Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, 1980 di Semarang.

140. Bahwa Khususnya mengenai kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi simposisum menyatakan, untuk menetapkan suatu perbuatan itu sebagai tindak pidana perlu memperhatikan criteria umum sebagai berikut;

e. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau di benci oleh masyarakat karena merugikan atau dapat merugikan mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban.

f. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbag dengan hasilnya yang akan di capai artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan di capai.

g. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat di emban oleh kemampuan yang di milikinya

h. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita cita bangsa sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

141. Bahwa Menururt Bassiouni keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminilaisasi harus pula di dasarkan pada factor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor termasuk;

a. keseimbangan sarana-sarana yang di gunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai

b. analisi biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang di cari.

c. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang di cari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia.

d. Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau di pandang dari pengaruh-pengaruh yang sekunder.

142. Bahwa menurut Ahli Anugerah Rizki Akbari SH., M.Sc[28], menyatakan bahwa dalam Teori Kriminalisasi, Douglas Husak memberikan pembatasan-pembatasan terhadap upaya Negara untuk melakukan kriminalisasi, yang ia bedakan ke dalam dua bagian penting, yaitu pembatasan yang berasal dari internal hukum pidana materiil (*internal constraints*) dan pembatasan menyangkut hal-hal eksternal untuk menyeimbangkan tujuan kriminalisasi yang diajukan, yaitu kepentingan dan keamanan kolektif, dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil (*external constraints*). Kombinasi pembatasan internal dan pembatasan eksternal ini menjadi penting, sebelum menentukan apakah suatu perbuatan akan diberikan konsekuensi pidana atau tidak. Membatasi hak-hak individu adalah satu hal, tetapi mengenakan konsekuensi pidana atas larangan tersebut menjadi hal lain yang membutuhkan justifikasi dan standar yang jauh lebih tinggi dibandingkan tindakan sebelumnya. praktik kriminalisasi tidak hanya sesederhana mengancamkan pidana atas suatu perbuatan tertentu, melainkan harus disertai dengan alasan-alasan yang kuat serta didukung oleh bukti-bukti ilmiah serta tetap harus menyeimbangkan tingkat keseriusan tindak pidana tersebut dengan berat-ringannya sanksi pidana yang akan diancamkan pada perbuatan tersebut. Sehubungan dengan hal tersebut dan mengkontekstualisasikannya dengan permohonan dalam perkara *a quo*. Perlu diingat bahwa hukum pidana tidak boleh digunakan sebagai alat penyelesaian masalah terdepan dan baru boleh digunakan ketika sarana-sarana lain sudah tidak efektif untuk menyelesaikan masalah tersebut (*ultima ratio*).

---

[28] Keterangan Ahli Anugerah Rizki Akbari SH., M.Sc, dalam Risalah Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 22 September 2016, hlm. 21-22.

143. Bahwa dengan paparan diatas, pihak terkait menyimpulkan bahwa perluasan tindak pidana dalam permohonan aquo berpotensi melanggar batas-batas untuk melakukan kriminalisasi.

B.6. Menimbulkan Potensi "*Over Criminalization*"

144. Bahwa Bassioni menyatakan problem terbesar dari proses kriminalisasi yang berlangsung terus tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem mengakibatkan timbulnya krisis kelebihan kriminalisasi (*the crisis of over criminalization*) dan krisis kelampauan batas dari hukum pidana (*the crisis of overreach of the criminal law*). Kriris yang pertama mengenai banyakanya atau melimpanhnya jumlah kejahatan dan perbuatan yang di kriminalisasi dan yang kedua mengenai usaha pengendalian perbuatan yang tidak menggunakan sanksi yang efektif.[29]

145. Bahwa dalam studinya mengenai Potret Kriminalisasi pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia, Anugerah Rizki[30] menunjukkan bahwa Hampir satu abad yang lalu, Justin Miller[31] telah memprediksi bahwa pemerintah di berbagai belahan dunia akan mengembangkan strategi yang lebih efektif untuk memastikan kontrol menyeluruh terhadap masyarakat. Dengan melihat pada karakteristik hukum pidana yang bersifat memaksa dan keberadaan berbagai elemen koersif yang dimilikinya, Akan tetapi, terdapat beberapa batasan terhadap pilihan tersebut. Karena lingkupnya yang begitu besar dan beragamnya pemikiran masyarakat akan tindak pidana dan kriminalitas dari waktu ke waktu, pemerintah seringkali menemui banyak tantangan untuk menggunakan hukum pidana secara tepat[32]

146. Bahwa dalam studinya, David Garland,[33] mengkritik kecenderungan pemerintah untuk menggunakan hukum pidana dalam mengatur masyarakat. Ia berpendapat bahwa pendekatan tersebut tidak akan memberikan keuntungan apapun bagi pemerintah dan justru semakin menunjukkan kelemahan dan ketidakmampuan pemerintah untuk mengontrol kejahatan di wilayahnya. Asumsi yang menyatakan bahwa Negara memiliki kapasitas untuk menjamin rasa aman, menjaga tingkat kepatuhan hukum, dan mampu mengendalikan tingkat kriminalitas merupakan suatu hal yang tidak bisa dibenarkan mengingat Negara memiliki sumber daya yang sangat terbatas untuk menangani hal-hal tersebut. Oleh karena itu, Garland[34] berpendapat

---

[29] Barda Nawawi, *Op.Cit*., hal 36 mengutip M Cherif Baasioni, *Subtantif Law*, 1978, hal 82

[30] Anugerah Rizki Akbari, Potret Kriminalisasi pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak pidana di Indonesia, ICJR, 2016 , hal 9

[31] *Ibid*., mengutip Justin Miller, "Criminal Law: An Agency for Social Control" dalam *Yale Law Journal, 43*(5), (1934): 691-715.

[32] Sebagai contoh, di awal tahun 1930-an, Miller mengatakan bahwa banyak undang-undang yang disahkan di Amerika Serikat (AS) justru mengakomodasi kepentingan sebagian kalangan dan tidak ditujukan untuk memberikan perlakuan yang sama kepada setiap kelompok di negara tersebut. Dimasukkannya pencurian ginseng dan pencurian ayam sebagai kejahatan serius dan diancamnya pencurian kuda dengan pidana mati adalah beberapa contoh dari masalah-masalah di atas Perlu dipahami bahwa hal-hal yang disebutkan pada contoh di atas terjadi pada awal tahun 1930-an. Untuk memahami konteks kekinian mengenai hal ini, baca Jonathan Simon, *Governing through Crime: How War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear,* (New York: Oxford University Press, 2007

[33] David Garland, *The Culture of Control: Crime Control and Social Order in Contemporary Society,* (Oxford: Oxford University Press, 2001), hal 167.

[34] *Ibid*., hal. 199-200.

bahwa respon yang paling mudah untuk mempertahankan supremasi Negara dalam kasus ini adalah dengan mengintensifikasikan penggunaan hukum pidana, meskipun hal ini merupakan kebijakan simbolik semata. Lebih lanjut, walaupun praktik paling nyata dari fenomena ini banyak terjadi di AS dan Inggris, Garland meyakini bahwa tren tersebut juga terjadi hampir di setiap negara di dunia.[35]

147. Bahwa sejalan dengan pemikiran tersebut, meledaknya jumlah dan lingkup aturan pidana saat ini dilihat sebagai suatu hal yang mengkhawatirkan. Dalam manuskrip '*overcriminalization*'[36] yang ditulis oleh Douglas Husak, menggarisbawahi bahwa banyaknya aturan pidana yang diciptakan oleh Negara akan berakibat pada tingginya angka penghukuman dan memperbesar kemungkinan untuk menciptakan ketidakadilan bagi pelaku tindak pidana. Dengan menggunakan AS sebagai contoh dalam tulisannya, Husak berpendapat pengadilan sering menjatuhkan hukuman yang lebih berat dari apa yang seharusnya diterima pelaku untuk tindak pidana yang dilakukannya.[37] Meski demikian, tren yang lebih mengkhawatirkan bagi Husak adalah tidak sedikit dari hukuman yang dinilai tidak adil tersebut muncul karena pelaku melakukan tindak pidana yang seharusnya tidak perlu dikriminalisasi sama sekali sejak awal.[38] Ia menambahkan bahwa keputusan untuk mengkriminalisasi perbuatan-perbuatan tersebut diambil tanpa memperhatikan syarat paling mendasar untuk menciptakan tindak pidana, yaitu adanya kepentingan yang bersifat substansial dari Negara dan kebermanfaatan fungsi hukum untuk mendukung kepentingan Negara tersebut. Oleh karena itu, menjadi wajar apabila AS (dan juga banyak negara di dunia ini) terlalu banyak memiliki tindak pidana yang tingkat keseriusannya masih dipertanyakan.[39]

148. Bawa dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa pilihan untuk menggunakan hukum pidana untuk mengontrol perilaku tidak selalu strategis dan cenderung berpotensi menimbulkan ekses negatif yang mengarah pada terciptanya ketidakadilan bagi masyarakat. Oleh karena itu, dalam pandangan Doulas Husak[40], maka Negara harus membatasi diri untuk mengontrol kehidupan sosial dengan mengedepankan mekanisme hukum pidana dan harus mengembalikan hukum pidana ke posisinya yang semula, yaitu sebagai upaya terakhir untuk menyelesaikan masalah hukum (*ultima ratio*).

149. Bahwa dengan tujuan dari permohonan *a quo*, maka terlihat ada ancaman overkriminalisasi terhadap terlalu jauh mengatur urusan warga negara yang bersifat privat dan personal menjadi urusan yang bersifat publik.

150. Bahwa di sisi lain Negara seharusnya tidak mencampuri urusan privat dari warga negaranya namun harus nama menjaga hak-hak serta privasi dari warga negaranya. Dalam hal tindak pidana zina ini, Negara telah melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia dan pelanggaran kebebasan yang serius terhadap warga negaranya

B.7. Melanggar Hak Privasi dan Rasa Aman

---

[35] *Ibid.*
[36] Douglas Husak (1), *Overcriminalization: The Limits of Criminal Law,* (New York: Oxford University Press, 2008), hal. 3.
[37] *Ibid*.
[38] *Ibid.*
[39] *Ibid*., hal 34-35.
[40] Douglas Husak (2), "The Criminal Law as Last Resort" dalam *Oxford Journal of Legal Studies, 24*(2), (2004), 207-235.

151. Bahwa hak yang paling terkait dengan pasal-pasal yang dimohonkan untuk diuji adalah hak atas privasi (rights to privacy). Hak ini diatur dalam Pasal 28G ayat (1) yang mengatur setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.

152. Bahwa Regulasi mengenai privasi dalam rejim hukum hak asasi manusia internasional diatur pertama kali pada Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) pada Pasal 12 yang menyatakan, "*Noone shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*."

153. Bahwa Pengaturan lebih mengikat dituangkan dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (Kovenan Sipol) yang diatur dalam Pasal 17 yang menyatakan "1*. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful at tacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.* "

154. Bahwa Rejim hukum hak asasi manusia secara regional juga mengatur perlindungan terhadap hak atas privasi ini. Diantaranya dalam dilihat pada Pasal 11 American Convention on Human Rights (ACHR) yang mengatur "1. *Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized. 2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. 3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*."

155. Pengaturan perlindungan hak atas privasi dalam rejim hukum internasional ini masih bersifat umum, untuk itu perlu dilihat kembali petunjuk operasional dari berbagai peraturan internasional tersebut bagaimana Negara dapat berperan untuk melindungi privasi. Komentar Umum No 16 Kovenan Sipol memberikan petunjuk operasional terhadap perlindungan yang diberikan oleh Pasal 17 Kovenan Sipol. Dalam Komentar Umum No 16 disebutkan jika pada dasarnya Pasal 17 memberikan perlindu ngan terhadap setiap orang dari gangguan dan intervensi yang melanggar hukum dan sewenang -wenang terhadap diri pribadi, keluarga, rumah, komunikasi. Jaminan ini diperlukan untuk mengatasi gangguan dan serangan yang datang dari Negara, orang lain, ataupun dari badan hukum tertentu. Karena itu Negara diwajibkan untuk mengambil langkah langkah legislasi untuk melindungi hak ini.

156. Komentar Umum No. 16 ini juga memberikan beberapa definisi penting terutama menyangkut yang disebut dengan *unlawful* dan *arbitrary interference*. Memahami kedua defisini ini penting sebagai kunci untuk melihat sejauh mana serangan atau gangguan atas diri pribadi seseorang yang dilakukan baik oleh pemerintah dan korporasi dapat dibenarkan sesuai dengan maksud dan tujuan dari Pasal 17 Kovenan Sipol. Persoalannya Komentar Umum No 16 masih bersifat umum, sehingga untuk melihat bagaimana praktek pembatasan yang diperkenankan berdasarkan ketentuan Pasal 17 Kovenan Sipol, maka Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi mengemukakan bahwa pembatasan yang diperkenankan dalam Pasal 17 Kovenan Sipol adalah sesuai dengan pembatasan yang diperkenankan dalam Komentar Umum No 27 Kovenan Sipol. Karena itu untuk melihat pembatasan Hak atas Privasi juga diatur dalam the American Declaration of the Rights and Duties of Man, khususnya dalam Pasal 5 yang menyatakan, " *Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon*

his honor, his reputation, and his private and family life" Juga dalam Pasal 9 yang menyatakan, "*Every person has the right to the inviolability of his home*." Dan juga dalam Pasal 10 yang menyatakan, "*Every person has the right to the inviolability and transmission of his correspondence.* "

157. American Convention on Human Rights juga memberikan perlindungan yang serupa terhadap hak atas privasi yang diatur dalam Pasal 11 yang menyatakan "1. *Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized. 2. No one may be the ob ject of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. 3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*." UN Human Rights Committee juga tercatat pernah mengeluarkan putusan mengenai hak atas privasi khususnya pelanggaran privasi yang dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan Pasal 17 ICCPR.

158. Bahwa menurut Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A[41], Hak atas privasi memiliki gagasan dasar yang menempatkan manusia sebagai subjek otonom atas dirinya sendiri. Hak atas privasi memberikan hak pada individu untuk mengisolasi diri dari orang lain untuk keluar dari kehidupan publik dan masuk ke dalam ruang dirinya yang paling privat, serta untuk mengembangkan dirinya sesuai dengan harapan dan keinginannya. Hak ini juga melindungi tindakan individu sepanjang tindakan tersebut tidak mengintervensi orang lain dan bila tidak membahayakan privasi orang lain. Di titik inilah pandangan absolut terhadap privasi mencapai titik akhir. Maka hak atas privasi melindungi ruang otonom individu bagi eksistensi diri serta tindakannya sepanjang tidak menyentuh ruang kebebasan orang lain. Yang dilindungi adalah ruang khusus dari eksistensi individu serta otonomi yang tidak bersentuhan dengan ruang kebebasan orang lain.

159. Hak atas privasi ini memiliki beberapa berapa lingkup. Pertama adalah identitas atau identity yang melindungi kualitas atau keistimewaan seseorang. Kedua adalah integrity atau integritas yang melindungi integritas diri seseorang yang kemudian melarang antara lain perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi ataupun misalnya penggeledahan badan secara sewenang-wenang. Ketiga adalah intimacy yang meliputi atau keintiman yang meliputi kerahasian dari publik atas karakteristik pribadi, tindakan, ataupun data yang dimiliki oleh seseorang. keempat adalah otonomi atau ruang otonomi yang melindungi upaya individu untuk merealisasikan diri dengan tindakan yang tidak mengintervensi privasi orang lain. Hal kelima yang dilindungi oleh hak atas privasi adalah seksualitas atau sexuality, hal ini berlaku bagi perilaku seksual dari seseorang dalam ranah privat Intervensi negara tentu diperbolehkan tatkala secara mutlak diperlukan untuk mereka yang terdampak seperti anak-anak. Regulasi yang mengatur perilaku seksual dalam hal ini harus secara hati-hati. Apabila tidak, maka kemudian dapat merupakan sebuah intervensi yang sewenang-wenang atas hak atas privasi.

160. Bahwa pada dasarnya perbuatan dalam konteks hubungan laki-laki dan perempuan merupakan hak privasi, bahwa dalam konteks melanggar kesusilaan, perbuatan kesusilaan laki-laki dan perempuan yang tidak terikat perkawinan dilarang, sepanjang melanggar hak orang lain dan umum, hal ini sesuai dengan Pasal 281 KUHP yang berbunyi

---

[41] Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A, dalam Risalah Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 22 September 2016, hlm. 12-13

"Diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah:

1. *Barang siapa dengan sengaja* ***dan terbuka*** *melanggar kesusilaan;*
2. *Barang siapa dengan sengaja dan di depan orang lain yang ada di situ bertentangan dengan kehendaknya, melanggar kesusilaan."*

161. Bahwa menurut Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A[42], Hak atas privasi dibatasi oleh ruang privasi orang lain dan dengan demikian *per definition* hak ini tidak dibatasi sepanjang tidak melanggar hak orang lain. Akan tetapi seringkali hal ini justru berbenturan dengan larangan negara, khususnya apabila tindakan privat menyimpang dari hal yang diakui secara umum oleh norma-norma keagamaan, moral atau pun sosial dimana publik merasa bertanggungjawab. Pembatasan atas nama norma keagamaan, sosial ataupun moral memanglah sah. Pertanyaannya, saat manakah alasan partikularisme sebagai alasan pembatasan menjadi sah dan tidak merupakan --dalam kaitan dengan hak atas privasi-- sebuah intervensi *secara sewenang-wenang atau tidak sah*" sebagaimana dilarang oleh Pasal 17 Kovenan Hak Sipil dan Politik.[43]

162. Lebih lanjut, walaupun pembatasan atas hak privasi ini diperkenankan, akan tetapi pembatasan hanya apabila bersentuhan dan melanggar hak dan privasi orang lain dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip umum pembatasan hak yaitu: Pertama, seluruh pembatasan harus berdasarkan hukum (prescribe by law) yang kemudian dapat dikontrol untuk menghindari pelaksanaan pembatasan hak yang sewenang-wenang. Yang kedua, harus didasarkan atas tujuan yang sah (legitimate aim) yang mengizinkan memang adanya pembatasan hak hanya berdasarkan hukum dan hanya apabila diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (necessary in a democratic society). Diperlukan dalam masyarakat demokratis (necessary in a democratic society) kemudian harus dilengkapi dengan alasan pembatasan yang dilakukan memang sungguh-sungguh diperlukan. Kata necessary ditafsir oleh Pengadilan HAM Eropa harus berarti ada kebutuhan yang mendesak dan untuk adanya pembatasan. Di sinilah kemudian sebuah negara memang diperkenankan untuk menggunakan *Margin of Appreciation*.

163. Doktrin *Margin of Appreciation* merupakan rujukan penting dalam Pengadilan HAM Eropa terkait Hak Privasi. Doktrin "margin of appreciation" didasarkan pada gagasan bahwa setiap masyarakat memiliki ruang untuk menyelesaikan benturan antara hak-hak individu dan kepentingan nasional berdasarkan standar moral masing-masing masyarakat. Negara Pihak (dalam hal ini dari Konvensi HAM Eropa) lebih lanjut memiliki kesempatan dan ruang untuk menjaga keseimbangan antara kebaikan bersama (*common good)* dan kepentingan serta hak individu saat membatasi hak. Prinsip dasarnya adalah bahwa negara dipandang lebih memahami daripada hakim internasional untuk menilai bagaimana menerapkan Konvensi pada konteks masing-masing negara.[44] Doktrin ini menempatkan perlindungan berdasar Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa (*the European Convention on Human Rights"*) adalah sekunder (*secondary*) atau subsider (*subsidiary)*

[42] Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A, dalam Risalah Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 22 September 2016, hlm. 12-13

[43] *Ibid,* 385-389

[44] *Murat Tümay*, THE "MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE" DEVELOPED BY THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*,* Ankara Law Review Vol. 5 No. 2 (Winter 2008), pp. 201-234

dari perlindungan yang disediakan oleh masing-masing negara. Terminologi “margin of appreciation” memberikan diskresi kepada negara untuk menilai situasi faktual yang dihadapi dan mempertimbangkan kondisi serta lingkungan khusus (*particular*) dalam penerapan serta pelaksanaan ketentuan Konvensi.[45] diskresi tersebut harus tetap diletakkan dalam prinsip-prinsip umum pembatasan hak, yang sebagaimana kita ketahui, adalah sebagai berikut: [46]

a. Berdasarkan hukum (*prescribed by law/in accordance with law*): yaitu harus diatur berdasarkan hukum yang kemudian memungkinkan adanya kontrol untuk menghindari pelaksanaan pembatasan hak yang sewenang-wenang.
b. Tujuan yang sah (*Legitimate aims*): tujuan yang sah mengijinkan adanya pembatasan hanya berdasarkan atas hukum dan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (*necessary in a democratic society*).
c. Diperlukan dalam masyarakat demokratis (*Necessary in a democratic society*) : dimana tujuan yang sah dalam hal ini haruslah dilengkapi dengan alasan bahwa pembatasan yang dilakukan memang sungguh-sungguh diperlukan. Pengadilan HAM Eropa menjelaskan bahwa kata “necessary” berarti harus ada kebutuhan sosial yang mendesak untuk adanya pembatasan. Di sinilah kemudian sebuah negara pihak diperkenankan untuk menggunakan “margin of appreciation”.

164. Bahwa menurut Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A[47], Penilaian atas frasa diperlukan dalam masyarakat demokratis memasukkan sebuah prinsip yang sangat penting yaitu *the principle of proportionality*.. Prinsip proportionalitas pada dasarnya mempertanyakan *the reasonableness* dari pembatasan. Walaupun sebuah negara memiliki diksresi dengan doktrin “margin of appreciation” tetapi tetaplah bahwa pembatasan yang tidak diperlukan tidak seharusnya dilakukan. Pengadilan Eropa dalam kasus *Handyside* vs UK kemudian memberlakukan empat pertanyaan untuk mengetes apakah pembatasan sungguh-sungguh diperlukan, yaitu :[48]
    a. Apakah ada kebutuhan yang mendesak untuk adanya pembatasan hak?
    b. Apabila ada, apakah pembatasan tersebut berkesusaian dengan kebutuhan yang ada.
    c. Apakah langkah itu merupakan langkah yang proporsional untuk merespon kebutuhan tersebut?
    d. Apakah alasan-alasan yang dikemukakan relevan dan memadai?

165. Bahwa mengkriminalkan sebuah perbuatan, sebagai bagian dari pembatasan hak asasi manusia, harus merupakan langkah terakhir dan hanya diberlakukan bagi mereka yang belum mampu melindungi diri sendiri atau pun mengatur ruang otonomnya seperti anak-anak atau pun apabila perbuatan tersebut dilakukan dengan kekerasan atau pemaksaan. Bagi berbagai masalah di luar itu yang muncul, sejauh mungkin diatasi dengan memampukan akal budi dari setiap individu agar kemudian setiap individu dapat bertindak secara dewasa.

166. Bahwa Pasal 281 KUHP sudah mengatur ketentuan yang melarang perbuatan kesusilaan dilakukan secara terbuka dan di depan umum, sehingga apabila pelarangan hubungan laki-laki

---

[45] *Ibid*
[46] THE MARGIN OF APPRECIATION, Council of Europe, Judicial Profession, the Lisbon Network, diakses pada 16 September 2016 di Chttps://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp
[47] Keterangan Ahli Roichatul Aswidah, S.IP., M.A, dalam Risalah Sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 22 September 2016, hlm. 12-13
[48] *Ibid*

dan perempuan yang tidak dalam hubungan perkawinan dikriminalisasi, maka akan melanggar hak privasi warga negara.

167. Bahwa permintaan Pemohon untuk melakukan kriminalisasi atas perbuatan zina yang tidak didasarkan atas adanya dasar perkawinan akan melanggar hak privasi warga negara yang diatur dalam UUD 1945.

168. Bahwa perbuatan kriminalisasi terbebut juga akan berakibat terlanggarnya hak atas rasa aman, sebab negara akan semakin jauh mencampuri urusan privasi warga negaranya, bahwa hal tersebut tidak dapat dibenarkan dalam konteks suatu masyarakat yang demokratis

B.8. Berpotensi Menimbulkan Regulasi Yang Diskriminatif

169. Bahwa Kerangka kerja anti diskriminasi melarang setiap perbedaan, perlibatan atau pembatasan basis seks, usia, jender, identitas jender, orientasi seks, status perkawinan, riwayat atau perilaku seks, nyata atau salah, ras, warna, etnik, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal sosial atau negara, kepemilikan, kel ahiran, ketidakmampuan mental dan fisik, status kesehatan, termasuk HIV/AIDS, dan warga negara, politik, sosial dan status lainnya yang memiliki tujuan atau berdampak kerusakan atau pemaksaan penghormatan, kenikmatan atau pelaksanaan berbasis kesetaraan dengan yang lainnya, hak asasi manusia dan kemerdekaan mendasar dalam wilayah politik, ekonomi, sosial, budaya, kewarganegaraan atau wilayah lainnya.

170. Bahwa menurut keterangan Azriana[49], dengan memperluas ruang lingkup zina sesuai permohonan *a quo,* maka negara akan dengan mudahnya mengkriminalkan perempuan-perempuan penghayat kepercayaan, penganut agama luhur, yang sampai saat ini mereka masih kesulitan untuk bisa mendapatkan pengakuan negara terhadap perkawinan yang mereka lakukan. Selain daripada itu beban pembuktian bagi istri-istri atau perempuan menjadi lebih berat dan pada umumnya sulit dibuktikan atas perbuatan yang telah dituduh zina.

171. Bahwa menurut keterangan Saksi Dewi Kanti Setianingsih[50], sebagai masyarakat penghayat kepercayaan hukum adat Komunitas Adat Karuhun Sunda Wiwitan, perkawinan adat yang tidak dicatatkan oleh negara memicu Komunitas Adat akan sangat rentan untuk dikriminalisasi. Permasalahan yang kini masih dirasakan adalah adanya upaya pemaksaan untuk memilih tata cara pengajuan perkawinan sesuai dengan 6 agama yang diakui di Indonesia ataupun dengan tata cara parpol dan ormas yang tentunya sangat berbeda dengan fakta sistem hukum adat. Karena perkawinan adat dipandang sebagai perkawinan liar. Sehingga bila pasal yang dimohonkan *a quo* diperluas, maka pasangan di Komunitas Adat akan menjadi sasaran yang sangat rentan untuk dikriminalisasi.

172. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 055/PUU-II/2004 telah menyatakan,

"*Menimbang bahwa hak-hak asasi yang disebut dalam pasal-pasal UUD tersebut di atas masing-masing non-diskriminasi, persamaan di depan hukum dan hak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi, merupakan prinsip dasar dalam perlindungan hak asasi manusia, akan tetapi UUD tidak memberi pengertian yang jelas tentang prinsip-prinsip tersebut, sehingga*

---

[49] Risalah sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 30 Agustus 2016, hlm. 24

[50] Risalah sidang Perkara No. 46/PUU-XIV/2016, tanggal 17 Oktober 2016, hlm. 9-10

Mahkamah harus juga memperhatikan instrumen-instrumen hak asasi manusia baik yang bersifat nasional maupun internasional, karena sebagai anggota PBB memiliki tanggung jawab moral dan hukum untuk menjunjung tinggi instrumen-instrumen hak asasi manusia tersebut yang telah diterima oleh Republik Indonesia."

173. Bahwa Mahkamah Konstitusi kemudian merujuk pengertian "diskriminasi" sebagaimana yang termaktub dalam Ketentuan Umum Pasal 1 angka (2) Undang-undang No. 39 Tahun 1999 yang memberi definisi diskriminasi adalah "***setiap pembatasan, pelecehan atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya***". Definisi tersebut bersesuaian dengan Pasal 7 *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) yang dijabarkan dalam Pasal 26 *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) (vide Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 055/PUU-II/2004).

174. Bahwa dengan demikian, permohonan *a quo* berpotensi menimbulkan regulasi hukum pidana Indonesia yang diskriminatif apabila dikabulkan.

D. Petitum

Berdasarkan alasan-alasan hukum dan konstitusionalitas yang telah diuraikan tersebut di atas, maka Pemohon terkait tidak langsung dalam hal ini memohon agar Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dapat mengabulkan hal-hal sebagai berikut:

4. Mengabulkan seluruh permohonan Pihak Terkait Tidak Langsung, dalam Perkara Nomor : 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

5. Menyatakan Menolak atau tidak dapat menerima permohonan yang diajukan oleh Pemohon dalam Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016, khususnya terhadap Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

6. Menyatakan ketentuan dalam Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Atau apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya— ***ex aequo et bono.***

Jakarta, 17 Februari 2017
Kuasa Hukum Pemohon,

Supriyadi Widodo Eddyono, S.H   Erasmus A. T. Napitupulu, S.H.   Ajeng Gandini Kamilah, S.H

Keterangan Ahli
Anugerah Rizki Akbari, S.H., M.Sc[51]

"ASPEK KONTROL KEJAHATAN & (OVER) KRIMINALISASI DALAM PERKARA PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 46/PUU-XIV/2016"[52]

Pendahuluan

Hukum pidana sering dipersepsikan sebagai jenis hukum yang dapat memberikan jawaban atas berbagai persoalan sosial yang mengemuka di masyarakat. Dengan mendasarkan pada kekuatan efek jera yang dimilikinya, masyarakat mempercayai bahwa keteraturan sosial bisa dicapai melalui intensifikasi sarana-sarana penal tersebut. Meski demikian, terdapat banyak batasan yang perlu diperhatikan oleh pengambil kebijakan sebelum sampai pada keputusan untuk menggunakan hukum pidana sebagai alat kontrol sosial tersebut.

Maartje van der Woude[53] mengingatkan bahwa kebijakan pidana memiliki dua dimensi, yaitu dimensi kepentingan kolektif dan keamanan kolektif dan dimensi perlindungan individu dan kebebasan sipil. Dalam banyak hal, Negara mencoba untuk menggunakan sarana-sarana hukum pidana demi melindungi kepentingan koletif serta menjaga keamanan kolektif di wilayah. Akan tetapi, di sisi lain, hukum pidana juga berkewajiban untuk memberikan perlindungan kepada individu dan menghargai kebebasan sipil. Oleh sebab itu, kedua dimensi ini harus diseimbangkan dalam konteks *rule of law* untuk menghindari penggunaan hukum pidana yang eksesif dan terciptanya ketidakadilan.

Sehubungan dengan hal tersebut, perlu dipahami bahwa pada dasarnya pengambil kebijakan dan masyarakat tidak memiliki pemahaman yang akurat mengenai tipe atau jumlah kejahatan yang terjadi, begitu juga dengan pilihan hukuman atau tindakan pencegahan kejahatan.[54] Meskipun begitu, setiap kali terjadi kejahatan di wilayahnya, masyarakat percaya bahwa tingkat kejahatan semakin meninggi dan pada akhirnya, menuntut pemerintah untuk mengambil kebijakan-kebijakan

---

[51] Peneliti sekaligus Koordinator Reformasi Sistem Peradilan Pidana pada Masyarakat Pemantau Peradilan Indonesia Fakultas Hukum Universitas Indonesia (MaPPI FHUI).

[52] Disampaikan pada sidang pengujian undang-undang dalam perkara nomor 46/PUU-XIV/2016 tentang Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap UUD RI Tahun 1945 di Mahkamah Konstitusi, 22 September 2016.

[53] M. A. H. van der Woude, *Legislation, policy-making and the rule of law*, disampaikan pada kuliah Risk, Security and the Rule of Law, 1 September 2014 di Leiden Law School, Belanda.

[54] J. V. Roberts & L. J. Stalans, "Crime, criminal justice, and public opinion" dalam M. H. Tonry (ed.), *The handbook of crime and punishment* (hlm. 31-57), (New York: Oxford University Press, 1998).

tertentu untuk merespon fenomena tersebut.[55] Dalam kondisi yang demikian, tidak jarang apabila kemudian pemerintah mengeluarkan kebijakan-kebijakan pidana dengan rasionalitas yang lemah dan bukti-bukti yang kurang memadai untuk menjawab permasalahan kriminalitas tersebut.[56]

Kekhawatiran tersebut mengonfirmasi pemikiran David Garland[57] pada tahun 1996 dimana ia memprediksi bahwa pemerintah akan dengan sangat mudahnya memunculkan banyak kebijakan pidana sebagai bentuk kehadiran Negara untuk menyelesaikan kejahatan. Namun, pada kenyataannya, hal-hal tersebut tak lebih dari sekedar kebijakan simbolis yang tidak berhasil diimplementasikan dengan baik mengingat hukum pidana selalu dikedepankan untuk setiap permasalahan sosial. Garland menilai, dari waktu ke waktu, kontrol kejahatan dan perlindungan warga negara dari ancaman tindak pidana menjadi bagian dari janji-janji pemerintah yang tidak pernah bisa diwujudkan.[58] Harus disadari bahwa Negara memiliki sumber daya yang terbatas untuk menjalankan setiap kebijakan pidana yang dimunculkan. Oleh karenanya, penggunaan hukum pidana untuk merespon masalah-masalah sosial tersebut hanya akan menunjukkan kelemahan dan ketidakmampuan Negara untuk menyelesaikan masalah kriminalitas di yurisdiksinya.[59]

Merespon hal tersebut, Douglas Husak[60] menambahkan bahwa pada prinsipnya, hukum pidana harus selalu ditempatkan sebagai sarana terakhir dalam penyelesaian masalah sosial (prinsip *ultima ratio*). Jika ada sarana lain yang bisa digunakan untuk menyelesaikan masalah tersebut, maka hukum pidana tidak boleh masuk ke dalam ranah tersebut. Sedemikian kerasnya sifat, karakter, dan elemen hukum pidana memberikan makna bahwa cabang hukum ini tidak dapat digunakan dengan sewenang-wenang. Pilihan untuk memberikan konsekuensi pidana atas suatu perbuatan tertentu harus dinilai sedemikian pentingnya sehingga Negara harus melanggar hak-hak individu untuk penyelesaian masalah tersebut.

Batasan-Batasan Kriminalisasi

Dalam permohonan kali ini, Pemohon meminta kepada Mahkamah Konstitusi untuk memperluas norma dalam Pasal 284 ayat (1) hingga ayat (5), Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP. Dengan kata lain, perluasan norma ini akan berakibat pada dimunculkannya perbuatan baru sebagai tindak pidana dan akan diberikan konsekuensi pidana jika dilakukan. Akan tetapi, sebelum kita sampai pada kesimpulan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan tertentu, terdapat beberapa pembatasan yang perlu kita perhatikan. Pembatasan ini diperlukan agar kita tidak terlalu mudah menghukum seseorang dan

---

[55] Daniel P. Mears, "Towards rational and evidence-based crime policy" dalam *Journal of Criminal Justice, 35,* (2007): hlm. 667.
[56] *Loc.cit*.
[57] David Garland, "The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society" dalam *The British Journal of Criminology, 36*(4), (1996): hlm. 448.
[58] *Loc.cit.*
[59] *Ibid*., hlm. 445.
[60] Douglas Husak (1), "The criminal law as last resort" dalam *Oxford Journal of Legal Studies*, *24*(2), (2004): hlm. 207.

tetap menjaga hukum pidana dalam kapasitasnya sebagai sarana terakhir (*last resort*) dalam penyelesaian masalah seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya.

a) **Rasionalisasi Kriminalisasi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP**

Perlu dipahami bahwa pasal-pasal yang dimohonkan untuk diuji kepada Mahkamah Konstitusi adalah pasal-pasal yang mengatur mengenai zina (*overspel*), perkosaan, dan perbuatan cabul sesama kelamin yang dilakukan terhadap orang di bawah umur, yang kesemuanya berada dalam kategori Tindak Pidana terhadap Kesusilaan. Adapun rumusan[61] pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal	Rumusan
284 KUHP	(1) *"Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:* *ke-1. a. seorang pria **telah nikah** yang melakukan **zina**, padahal diketahui, bahwa **Pasal 27 BW berlaku baginya**;* *b. seorang wanita **telah nikah** yang melakukan **zina**;* *ke-2. a. seorang pria yang **turut serta** melakukan perbuatan itu, padahal diketahui, bahwa yang turut bersalah telah nikah;* *b. seorang wanita tidak nikah yang **turut serta** melakukan perbuatan itu padahal diketahui olehnya, bahwa yang turut bersalah telah nikah dan Pasal 27 BW berlaku baginya;* (2) *Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas **pengaduan suami/istri yang tercemar**, dan bilamana bagi mereka berlaku Pasal 27 BW, dalam tempo tiga bulan **diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan tempat tidur**, **karena alasan itu juga**.* (3) *Terhadap pengaduan ini tidak berlaku Pasal 72, 73, dan 75.* (4) ***Pengaduan dapat ditarik kembali** selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.* (5) *Jika bagi suami-istri berlaku Pasal 27 BW, **pengaduan tidak diindahkan selama pernikahan belum diputuskan** karena perceraian atau sebelum keputusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap."*
285 KUHP	*"Barangsiapa dengan **kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar pernikahan**, diancam karena melakukan perkosaan, dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun."*
292 KUHP	*"Orang cukup umur, yang melakukan **perbuatan cabul** dengan orang lain sama*

[61] Rumusan diambil dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang diterjemahkan oleh Prof. Moeljatno, S.H., dan diterbitkan oleh Bumi Aksara sebagai cetakan keduapuluh pada tahun 1999. Penebalan dan pemberian garis bawah pada rumusan pasal dilakukan oleh Ahli..

	kelamin, yang diketahui atau sepatutnya diduga, bahwa ***belum cukup umur****, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun."*

Jika mencermati rumusan pasal-pasal tersebut, rasionalitas kriminalisasi yang dibangun oleh penyusun KUHP terlihat dengan jelas dan mencerminkan nilai-nilai kesusilaan yang ingin dilindungi dari ancaman tindak pidana tersebut. Sebagai contoh, Pasal 284 KUHP mempermasalahkan zina dengan pembatasan pada salah satu atau kedua pelaku merupakan orang yang terikat dalam hubungan perkawinan dan dilakukan dengan orang yang bukan suami/istrinya. Nilai yang ingin dilindungi dengan (melarang dan) mengancamkan pidana kepada pelaku zina (*overspel*) di sini adalah nilai-nilai perkawinan yang diterjemahkan dalam rumusan Pasal 27 *Boergerlijk Wetboek* (BW/Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) sebagai berikut:

Pasal 27 BW

"Pada waktu yang sama, seorang lelaki hanya boleh terikat perkawinan dengan satu orang perempuan saja; dan seorang perempuan hanya dengan satu orang lelaki saja."

Nilai-nilai monogami dalam perkawinan tersebut banyak dipengaruhi oleh ajaran Katolik yang menganggap ikatan perkawinan sebagai satu dan tidak terpisahkan. Oleh karena, gangguan terhadap ikatan perkawinan tersebut, khususnya dalam bentuk persetubuhan yang merupakan pelanggaran kesusilaan, menjadi suatu permasalahan serius dan Negara memutuskan untuk mengambil porsi dalam menjaga keteraturan tersebut dengan memberikan konsekuensi pidana terhadap pelanggarnya.

Meski demikian, ruang-ruang privasi individu masih sedemikian ketatnya dihargai oleh Negara dengan memberikan begitu banyak *filter* kepada pasangan yang tercemar ikatan perkawinannya karena perbuatan zina yang dilakukan salah satu/kedua individu tersebut dengan orang yang bukan suami/istrinya. *Filter* tersebut dikuatkan dengan pengaturan pada ayat (2) hingga ayat (5) KUHP dimana pengaduan harus dilakukan oleh suami/istri yang tercemar. Selain itu, dalam waktu tiga bulan harus diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan tempat tidur, dan pengaduan tidak akan ditindaklanjuti sebelum keputusan untuk cerai atau pisah meja dan tempat tidur tersebut menjadi tetap. Dalam konteks ini, KUHP benar-benar menerapkan prinsip *ultima ratio* dengan menempatkan hukum pidana sebagai jalan terakhir untuk menyelesaikan masalah tersebut dan tetap menyeimbangkan kepentingan dan kemanan kolektif dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil.

Di sisi lain, KUHP baru akan mengkriminalisasi perbuatan persetubuhan dengan seorang wanita di luar perkawinan ketika diikuti dengan kekerasan atau ancaman kekerasan. Meskipun terjadi di ruang privat, namun ketika persetubuhan tersebut dipaksakan dengan menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan, nialai-nilai kesusilaan menjadi terlanggar dan selanjutnya menjadi pantas untuk diberikan pidana sebagai konsekuensi dilakukannya perbuatan yang diatur dalam Pasal 285 KUHP tersebut. Tindakan perkosaan tersebut dianggap sedemikian hebatnya melanggar kebebasan

individu dan merusak keamanan publik sehingga akhirnya Negara masuk untuk memberikan perlakuan keras sekaligus stigma terhadap pelakunya. Selain itu, mengingat dampak negatif dilakukannya perkosaan terhadap seorang wanita begitu besarnya hingga muncul resiko kehamilan, Negara memberikan pemberatan sepertiga dari ancaman pidana pada delik "menyerang kehormatan kesusilaan) dalam Pasal 289 KUHP yang merupakan *genus* dari tindak pidana perkosaan ini, yaitu dengan ancaman pidana penjara paling lama 12 tahun. Dari hal tersebut, terlihat bahwa penyusun KUHP tidak sewenang-wenang memberikan konsekuensi pidana terhadap suatu perbuatan, demikian juga dengan ancaman pidana yang menyertai larangan dilakukannya perbuatan tersebut.

Berkenaan dengan perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang dewasa sesama kelamin, KUHP baru akan memberikan konsekuensi pidana jika hal tersebut dilakukan terhadap seseorang yang diketahui atau sepatutnya diguga masih belum cukup umur. Rasionalisasi kriminalisasi perbuatan yang diatur dalam Pasal 292 KUHP mewakili pemikiran penyusun KUHP agar setiap kontak seksual yang dilakukan terhadap anak menjadi suatu hal yang dilarang keras dan harus diberikan konsekuensi pidana. Pada konteks ini, KUHP mendukung nilai-nilai internasional untuk melindungi anak sebagai individu yang dinilai belum memiliki kedewasaaan berpikir untuk menentukan baik dan buruk bagi dirinya. Oleh karenanya, dengan tidak mempermasalahkan sarana-sarana yang digunakan untuk melakukan kontak seksual, tindakan tersebut dilarang demi nilai-nilai proteksi terhadap anak.

Berkaca pada pembatasan-pembatasan dan rasionalisasi dari kriminalisasi Pasal 284, Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP di atas, terlihat jelas bahwa kriminalisasi terhadap nilai-nilai kesusilaan dalam masyarakat tidak dapat dilakukan secara serta merta tanpa adanya alasan kuat di belakang pengambilan keputusan tersebut. Pada dasarnya, setidaknya dalam penelusuran Ahli, tidak ada satu studi pun yang dapat memberikan penjelasan akurat mengenai waktu yang paling tepat bagi Negara untuk masuk ke dalam penyelesaian masalah kesusilaan dan mengancamkan pidana terhadap suatu perbuatan tertentu. Namun, ada beberapa kriteria yang bisa ditarik dari studi, instrumen nasional dan internasional untuk menjustifikasi wewenang Negara dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan.

Dalam tulisan lain[62], Ahli menyusun beberapa indikator yang dapat digunakan untuk membedakan kejahatan dan pelanggaran. Tujuan penyusunan indikator tersebut adalah untuk membedakan kriminalisasi terhadap perbuatan-perbuatan yang memiliki nilai kriminalitas (kejahatan) dengan perbuatan-perbuatan yang tidak/kurang memiliki nilai kriminalitas dimana perbuatan yang disebut terakhir merupakan ciri jenis delik pelanggaran[63] mengingat 'nilai kriminalitas' dari pelanggaran baru muncul ketika perbuatan tersebut diundangkan.[64] Pembedaan ini menjadi penting karena, sebagaimana dijelaskan sebelumnya, hukum pidana harus selalu digunakan sebagai alat penyelesaian

---

[62] Anugerah Rizki Akbari, *Controlling the society through criminalization: The case of Indonesia* (Master Thesis), (Leiden: Universiteit Leiden, 2015), hlm. 16-17.
[63] Ana Aliverti, "Making people criminal: The role of criminal law in immigration enforcement" dalam *Theoretical Criminology, 16*(4), (2012): hlm. 420; Leonard Herschel Leigh, *Strict and vicarious liability: A study in administrative criminal law*, (London: Sweet & Maxwell, 1982).
[64] Mireille Hildebrandt, "Justice and police: Regulatory offences and criminal law" dalam *New Criminal Law Review, 12*(1), (2009): hlm. 51-52.

masalah (sosial) terakhir setelah sarana-sarana hukum dan non-hukum lainnya dianggap tidak mampu menyelesaikan masalah tersebut.

Indikator pertama ditarik dari Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*/ICCPR). Dalam kovenan tersebut digunakan beberapa istilah yang dapat diterjemahkan sebagai indikator untuk menentukan perbuatan-perbuatan apa saja yang merupakan kejahatan. Istilah '*the protection of national security or public safety*', '*public order*', '*the protection of public health or morals*' dan '*the protection of rights or freedoms of others*' berulang kali disebutkan untuk membatasi hak-hak tertentu yang telah dijamin oleh ICCPR, seperti hak atas kebebasan untuk berpindah dan kebebasan untuk memilih tempat tinggal (Pasal 12 ayat (3)), hak pers dan publik untuk dilibatkan dalam sidang pengadilan (Pasal 14 ayat (1)), hak untuk berkumpul yang bersifat damai (Pasal 21), dan hak atas kebebasan berserikat dengan individu lainnya, termasuk hak untuk membentuk dan bergabung dengan serikat pekerja untuk perlindungan kepentingan individu (Pasal 22 ayat (1)). Dengan menjustifikasi pembatasan atas hak-hak tersebut dengan menggunakan terminologi-terminologi di atas, ICCPR memberikan pedoman kepada Negara untuk membatasi hak-hak dan kebebasan-kebebasan individu untuk kepentingan yang lebih besar.[65]

Selanjutnya, Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) juga mengambil pendekatan serupa untuk memunculkan kewajiban warga negara agar menerima pembatasan hak asasi manusia, dengan menggunakan frase "*pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*". Dengan mengambil semangat tersebut, terminologi-terminologi tersebut juga dapat diinterpretasikan sebagai kondisi-kondisi yang dapat menjustifikasi kriminalisasi suatu perbuatan untuk selanjutnya mengekang kebebasan individu dengan mengenakan sanksi pidana kepada tindak pidana baru tersebut.[66]

Istilah-istilah yang ditarik dari ICCPR dan UUD 1945 tersebut dapat dijadikan landasan awal bagi Negara untuk memberikan sanksi pidana kepada suatu perbuatan tertentu. Akan tetapi, mengingat begitu kerasnya karakter dan dampak pengenaan sanksi pidana, kondisi-kondisi tersebut masih harus dijustifikasi dengan menggunakan teori kriminalisasi, yang akan dibahas pada bagian berikutnya.

b) Teori Kriminalisasi[67]

Seperti yang telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, prinsip *ultima ratio* merupakan hal paling mendasar yang melandasi penggunaan hukum pidana dalam penyelesaian masalah sosial. Di dalamnya terkandung pembatasan dan pengaturan bahwa hukum pidana tidak pernah boleh digunakan sebagai solusi terdepan untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Oleh karena itu,

---

[65] Anugerah Rizki Akbari, *Loc.cit.*
[66] *Ibid.*, hlm. 17.
[67] Teori kriminalisasi yang ditulis dalam keterangan ini adalah pemikiran Douglas Husak dalam manuskrip *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* yang diterbitkan oleh Oxford University Press pada tahun 2008.

kehati-hatian dalam menggunakan sarana-sarana penal menjadi kewajiban bagi Negara sebelum memutuskan menerapkannya pada perbuatan konkrit.

Dalam konteks permohonan ini, pemikiran Douglas Husak menjadi relevan ketika kita diposisikan untuk memperdebatkan apakah suatu perbuatan layak untuk, tidak hanya dilarang oleh Negara, tetapi juga diancam dengan pidana jika dilakukan oleh individu. Husak menilai pilihan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan harus disertai dengan standar justifikasi yang sedemikian tingginya jika dibandingkan dengan standar serupa untuk melarang suatu perbuatan pada bidang hukum lainnya, seperti hukum administrasi dan hukum perdata.[68] Oleh karena itu, Husak memberikan pembatasan-pembatasan terhadap upaya Negara untuk melakukan kriminalisasi, yang ia bedakan ke dalam dua bagian penting, yaitu pembatasan yang berasal dari internal hukum pidana materiil (*internal constraints*) dan pembatasan menyangkut hal-hal eksternal untuk menyeimbangkan tujuan kriminalisasi yang diajukan, yaitu kepentingan dan keamanan kolektif, dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil (*external constraints*).

1. Pembatasan Internal (*Internal Constraints*)

i. Nontrivial harm or evil constraint

Pembatasan internal pertama yang dikemukakan Husak adalah berkenaan dengan sifat jahat dan dampak kerusakan yang begitu serius dari dilakukannya suatu perbuatan pidana. Menurutnya, pertanggungjawaban pidana tidak dapat dikenakan (kepada individu) kecuali undang-undang memang didesain untuk melarang dilakukannya perbuatan jahat atau mengakibatkan kerusakan serius.[69] Di dalam prinsip *nontrivial harm or evil* ini, terkandung 2 elemen penting, yaitu (1) mensyaratkan terjadinya kerusakan (serius), dan tidak hanya bersifat jahat; dan (2) ia mengatur pencegahan atas kerusakan yang ingin dihindari dan harus melakukan pencegahan tersebut seproporsional mungkin dengan resiko kerusakan yang dicegah.

Untuk melihat sifat jahat dan kerusakan dari suatu perbuatan, Husak membandingkan 3 (tiga) pembelaan yang biasa digunakan oleh pengacara untuk menghindarkan/meminimalisir konsekuensi pidana terhadap klien yang sedang diwakilinya dalam suatu persidangan pidana:

1) ***The defense of lesser evil/necessity/justification generally***

Pembelaan ini baru akan digunakan apabila "*nilai kerusakan atau sifat jahat yang ingin dihindari jauh lebih besar daripada apa yang ingin dicegah dari undang-undang yang mengatur tindak pidana tersebut*".[70]

Dalam konteks ini, pengacara akan mencoba membela kliennya dengan mengatakan bahwa apa yang (dituduh) dilakukan terhadap kliennya adalah

[68] Douglas Husak (2), *Overcriminalization: The limits of the criminal law*, (New York: Oxford University Press, 2008), hlm. 124.
[69] *Ibid*., hlm. 66.
[70] *Ibid*., hlm. 66-67.

perbuatan yang tidak (terlalu) jahat. Namun, perlu dipahami bahwa untuk sampai pada pembelaan tersebut, kita terlebih dahulu harus percaya bahwa perbuatan yang dituduhkan kepada pelaku adalah perbuatan yang jahat dan menimbulkan kerusakan.

2) ***The defense of consent***

Pembelaan mengenai kesengajaan (*consent*) akan mengecualikan pertanggungjawaban pidana ketika "*ia menghindarkan terjadinya kerusakan atau sifat jahat yang ingin dihindari dengan merumuskan tindak pidana*". Kecuali jika kerusakan atau sifat jahat dari suatu perbuatan tersebut terlalu serius sehingga konsep kesengajaan ini menjadi tidak relevan sebagai bentuk pembelaan.[71]

Sederhananya, pengacara menjadi sangat mungkin untuk membela kliennya dengan mengatakan bahwa ia tidak sengaja melakukan tindakan tersebut atau sama sekali tidak bersalah dalam kasus tersebut. Namun, sekali lagi, sebelum mengemukakan pembelaan mengenai konsep kesengajaan (*consent*) tersebut, kita juga harus mempercayai bahwa perbuatan yang sedang dituduhkan terhadap klien pengacara tersebut adalah suatu hal yang jahat dan menimbulkan kerusakan.

3) ***The defense of de minimis***

Pembelaan ini baru akan digunakan apabila perbuatan terdakwa "*sebenarnya tidak menyebabkan atau mengancam nilai kerusakan atau sifat jahat yang ingin dihindari dengan mendefinisikan tindak pidana tersebut; atau memang menyebabkan hal tersebut namun tidak terlalu serius sehingga tidak pantas untuk diberikan konsekuensi pidana*". Akan tetapi, seperti yang juga terjadi pada dua pembelaan sebelumnya, pembelaan ini tidak akan bisa dilakukan sebelum kita percaya bahwa apa yang dituduhkan Negara terhadap terdakwa adalah suatu hal yang jahat.

ii. Wrongfulness constraint

Pembatasan internal selanjutnya adalah berkenaan dengan kesalahan pelaku. Menurut Husak, pertanggungjawaban pidana tidak boleh dijatuhkan kecuali tindakan pelaku, pada beberapa hal, dapat dianggap sebagai sesuatu yang salah.[72] Kemudian, Husak menarik pengecualian-pengecualian yang diberikan oleh hukum pidana materiil untuk melepaskan pertanggungjawaban pelaku tindak pidana dan membuat justifikasi yang mendukung tesis tersebut.[73]

Sebagai contoh, tindakan pembunuhan merupakan suatu hal yang jahat dan pelakunya bisa dihukum karena bersalah melakukan tindakan tersebut. Namun, jika yang

[71] *Ibid.,* hlm. 67.
[72] *Ibid.,* hlm. 66.
[73] *Ibid.,* hlm. 72-73.

membunuh adalah seorang eksekutor pada hukuman mati, ia akan bisa dilepaskan dari pertanggungjawaban pidana. Pembatasan-pembatasan ini harus diperhatikan dengan baik oleh pengambil kebijakan sebelum sampai pada keputusan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan.

iii. Desert constraint

Pembatasan internal ketiga berkenaan dengan penjatuhan hukuman terhadap suatu perbuatan. Dalam pandangan Husak, perbedaan utama hukum pidana dengan cabang hukum lainnya atau antara hukum pidana dengan sistem kontrol sosial yang bersumber dari instrumen non-hukum, adalah bahwa yang disebut pertama kali tersebut memberikan wewenang kepada Negara untuk menghukum pelaku.[74] Oleh karena itu, Husak berpendapat bahwa suatu perbuatan baru akan dikatakan sebagai suatu tindak pidana jika dan hanya jika ia membuka peluang bahwa pelaku dapat diberikan hukuman oleh negara dan apa yang dilakukan negara kepada seseorang bukan merupakan hukuman kecuali ia dijatuhkan untuk suatu tindak pidana.[75]

Berangkat dari hal tersebut, Husak berpendapat bahwa hukuman yang bisa dijustifikasi hanya ketika dan sejauh itu pantas dijatuhkan.[76] Dengan kata lain, hukuman yang tidak pantas dijatuhkan adalah suatu hal yang tidak dibenarkan. Selain itu, hukuman menjadi tidak pantas dijatuhkan jika terdakwa bisa dikecualikan dari pertanggungjawaban pidana.[77] Hukuman juga tidak pantas dijatuhkan jika terlalu berat dari apa yang seharusnya dijatuhkan.[78] Oleh sebab itu, berat-ringannya hukuman harus selalu diseimbangkan dengan tingkat keseriusan tindak pidana.

iv. Burden of proof constraint

Pembatasan internal terakhir membahas elemen penting dari sanksi pidana, yaitu perlakuan keras dan pemberian stigma kepada pelakunya.[79] Ketika seseorang terbukti bersalah karena melakukan tindak pidana, perbuatan tersebut akan mendapatkan reaksi yang setimpal dari masyarakat. Negara harus memastikan bahwa orang-orang yang akan diberikan label sebagai 'kriminal' memiliki kualifikasi yang sesuai dengan stigma dan perlakuan keras yang akan ia terima nantinya.[80] Dengan kata lain, perlakuan keras dan pemberian stigma harus pantas dengan hukuman yang akan diberikan kepada pelaku dan respon-respon tersebut menjadi tidak pantas kecuali jika pelaku memang pantas untuk diberikan stigma.[81]

---

[74] *Ibid*., hlm. 77.
[75] *Ibid*., hlm. 78.
[76] *Ibid*., hlm. 82-83.
[77] *Ibid*., hlm. 83.
[78] *Ibid.*
[79] *Ibid*., hlm. 93.
[80] *Ibid*., hlm. 94.
[81] *Ibid*.

Dari pemaparan tersebut, menjadi terlihat bahwa hukuman (pidana) memberikan implikasi dan berpotensi melanggar hak-hak penting, yaitu hak individu untuk tidak diberikan perlakuan keras dan stigma secara sewenang-wenang oleh Negara. Oleh karena itu, beban pembuktian (untuk melakukan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan) harus diberikan kepada mereka yang mendukung proposal kriminalisasi tersebut.[82] Selanjutnya, ketika mereka tidak bisa memberikan bukti-bukti yang cukup untuk meloloskan proposal kriminalisasi ini atau ketika argumentasi pihak yang mendukung dan pihak yang tidak mendukung kriminalisasi menjadi sama kuat, kriminalisasi tidak boleh dilakukan.[83]

Penting dipahami bahwa ketika seseorang dapat dikenakan sanksi pidana, banyak hal yang lebih penting yang dipertaruhkan jika dibandingkan dengan kebebasan yang ingin ditunjukkan dari diaturnya suatu perbuatan tersebut.

Satu contoh yang bisa diutarakan untuk memahami konteks ini adalah usulan untuk mengkriminalisasi perbuatan memakan donat. Jika kita berasumsi bahwa kebebasan untuk memakan donat tidak terlalu berharga, Negara hanya membutuhkan alasan-alasan minimum untuk menganjurkan masyarakat untuk tidak melakukannya.[84] Fakta bahwa donat adalah makanan yang tidak sehat dapat mendukung hal tersebut. Alasan ini kemudian dapat dijustifikasi dengan menggunakan sarana-sarana non penal untuk menghindarkan konsumsi donat, seperti peningkatan pajak bagi produksi donat, larangan mengiklankan donat, program pendidikan kesehatan, dan sebagainya.

Akan tetapi, kepentingan-kepentingan yang terpengaruh oleh kriminalisasi perbuatan memakan donat jauh lebih signifikan dibandingkan hal-hal tersebut. Seseorang tidak hanya memiliki kepentingan untuk memakan donat, tetapi mereka juga punya kepentingan untuk tidak dihukum jika dan ketika mereka tidak mengindahkan larangan tersebut.[85] Meskipun Negara memiliki alasan-alasan yang cukup kuat untuk menghindarkan masyarakat dari perbuatan memakan donat, alasan-asalan tersebut dirasa masih kurang kuat untuk mengenakan konsekuensi pidana berupa perlakuan keras dan memberikan stigma kepada pelakunya.[86]

Dari ilustrasi di atas, terlihat bahwa hak-hak penting pasti akan selalu terpengaruh oleh setiap undang-undang pidana. Ketika kita memahami poin ini, seharusnya kita akan cenderung menolak mekanisme voting dalam pengambilan keputusan untuk melakukan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Fakta bahwa kemungkinan besar dalam sebuah

---

[82] *Ibid.,* hlm. 100.
[83] *Ibid*.
[84] *Ibid.,* hlm. 102.
[85] *Ibid*.
[86] *Ibid*.

negara yang demokratis akan mengedepankan suara terbanyak dalam pengambilan keputusan untuk memberikan perlakuan keras dan stigma terhadap suatu perbuatan menjadi tidak cukup kuat untuk melanggar hak kita untuk tidak dihukum.[87]

2. Pembatasan Eksternal (*External Constraints*)

Pembatasan selanjutnya berkaitan erat dengan hal-hal yang di luar hukum pidana untuk membatasi wewenang Negara untuk mudah memberikan sanksi pidana terhadap suatu perbuatan. Dalam hal ini, Husak memunculkan tiga jenis pembatasan yaitu, (1) kepentingan negara yang substansial (*substantial state interests*), (2) upaya yang secara langsung mendukung terlaksananya kepentingan negara (*direct advancement*), dan (3) pembatasan minimum yang diperlukan (*the minimum necessary extent*).[88] Ketiga pembatasan ini berhubungan erat satu dengan yang lain. Pada satu sisi, sebelum memutuskan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan, Negara harus bisa memastikan bahwa usulan kriminalisasi itu relevan dengan kepentingan negara yang substansial yang telah dimilikinya. Selain itu, harus juga dipastikan bahwa tindakan kriminaliasi memberikan pengaruh langsung untuk tercapainya kepentingan negara yang substansial tersebut. Selain itu, jika pilihannya adalah melakukan kriminalisasi, Negara masih harus bisa membuktikan bahwa pemberian hukuman kepada perbuatan tersebut tidak melebih apa yang seharusnya diberikan untuk mendukung tercapainya dua pembatasan sebelumnya.[89]

Kombinasi pembatasan internal dan pembatasan eksternal ini menjadi penting untuk kita diskusikan bersama sebelum masuk ke dalam satu konteks yang lebih jauh untuk menentukan apakah suatu perbuatan akan diberikan konsekuensi pidana atau tidak. Mengingat hukum pidana merupakan hukum yang sangat keras, yang bisa memilih untuk menjatuhkan berbagai jenis hukuman dari pidana denda, pidana kurungan, pidana penjara, hingga pidana mati dalam konteks Indonesia, Negara wajib berhati-hati untuk mengenakan sanksi pidana kepada perbuatan tertentu. Membatasi hak-hak individu adalah satu hal, tetapi mengenakan konsekuensi pidana atas larangan tersebut menjadi hal lain yang membutuhkan justifikasi dan standar yang jauh lebih tinggi dibandingkan tindakan sebelumnya.

Potret Kriminalisasi di Indonesia

Selain pemahaman akan teori kriminalisasi yang baik, pilihan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan harus juga memperhatikan perkembangan penggunaan sarana-sarana hukum pidana dalam mengontrol perbuatan dalam suatu masyarakat. Berkenaan dengan hal ini, Ahli dapat menyampaikan bahwa saat ini kita sudah terlalu banyak menggunakan sarana hukum pidana untuk menyelesaikan masalah sosial. Seperti yang sudah diprediksikan oleh Justin Miller pada tahun 1934,

---

[87] *Ibid*.
[88] *Ibid*., hlm. 120-121.
[89] *Ibid*., hlm. 121.

hukum pidana akan dijadikan bagian integral dari strategi kontrol sosial pemerintah di belahan dunia manapun.[90] Melalui hukum pidana, Negara dengan mudahnya mencoba 'hadir' untuk penyelesaian masalah tersebut. Akan tetapi, seperti yang disampaikan Garland, tidak ada hal apapun yang direspon melalui pendekatan ini selain menunjukkan ketidakmampuan Negara mengatasi problematika kejahatan di wilayahnya.[91]

Husak menilai bahwa semakin banyak tindak pidana akan memberikan konsekuensi langsung pada banyaknya pemidanaan. Ketika makin banyak pemidanaan, potensi munculnya ketidakadilan akan semakin besar.[92] Ketika terjadi overkriminalisasi dan Negara mengabaikan pembatasan-pembatasan yang telah dijelaskan sebelumnya, kita tidak akan mengetahui secara pasti perbuatan-perbuatan apa saja yang diperbolehkan dan perbuatan-perbuatan apa saja yang dilarang dan diberikan konsekuensi pidana. Tidak berhenti di sana, kriminalisasi biasanya akan diikuti dengan pemberian kewenangan baru kepada penegak hukum untuk memproses dugaan tindak pidana baru tersebut. Sebagai akibatnya, polisi dan jaksa memiliki kewenangan untuk menangkap, menahan, dan menuntut hampir setiap orang mengingat begitu luasnya lingkup hukum pidana yang dituangkan ke dalam undang-undang tersebut.[93]

Berikutnya, penegak hukum memiliki banyak sekali pilihan untuk menghukum individu dengan jenis tindak pidana yang begitu bervariasi.[94] Dengan begitu banyaknya tindak pidana yang dimuncullkan oleh Negara, penegak hukum bahkan dimungkinkan untuk 'menghidupkan' kembali pasal-pasal yang sudah mati suri dan dikenakan terhadap pelaku. Celah ini yang dikhawatirkan oleh Herbert Packer dan Sanford Kadish akan disalahgunakan oleh penegak hukum untuk menggunakan hukum pidana secara sewenang-wenang.[95] Mengingat korupsi masih menjadi masalah serius dalam penegakan hukum, keduanya khawatir bahwa overkriminalisasi akan berujung pada meningginya tingkat ketidakadilan dan oleh karena itu, mereka menginginkan perbuatan-perbuatan yang berada dalam ranah privat (dan bersifat konsensual) untuk tidak dimintakan pertanggungjawaban pidana.[96] Senada dengan Packer & Kadish, Husak menilai bahwa perlindungan prosedural – seperti asas praduga tak bersalah, larangan mengakui perbuatannya sendiri, dan sebagainya – tidak akan bisa mengkompensasikan ketidakadilan yang terjadi akibat diciptakannya hukum-hukum (pidana) yang jelek.[97]

Sehubungan dengan hal tersebut, Ahli melakukan penelitian terhadap praktik kriminalisasi yang dilakukan oleh Indonesia pasca Reformasi. Dalam kurun waktu 1998-2014, tercatat 563 undang-undang yang telah kita sahkan. Namun, menariknya, hampir sepertiga dari undang-undang tersebut,

---

[90] Justin Miller, "Criminal law: An agency for social control" dalam *Yale Law Journal, 43*(5), (1934): hlm. 691-692.
[91] David Garland, *loc.cit.*
[92] Douglas Husak (2), *op.cit*., hlm. 1.
[93] *Ibid*., hlm. 31.
[94] *Ibid*.
[95] *Ibid*., hlm. 61.
[96] *Ibid*.
[97] *Ibid*.

yaitu sejumlah 154 undang-undang, memiliki ketentuan pidana.[98] Ini menunjukkan bahwa Indonesia sedemikian punitifnya hingga menginginkan hukum pidana diberlakukan untuk mengontrol perilaku masyarakat dengan asumsi dapat memberikan efek jera, yang tentu hingga saat ini tidak pernah dievaluasi efektivitasnya. Selain itu, jika 171 undang-undang yang bersifat administratif ditarik dari data, seperti undang-undang tentang pengesahan wilayah administratif, undang-undang pembentukan pengadilan tertentu atau undang-undang tentang pengesahan perjanjian internasional, maka perbandingan 1:3 tersebut semakin membesar hingga hampir setengah dari 392 undang-undang yang disahkan dalam periode tersebut, memiliki ketentuan pidana di dalamnya.[99]

Dari data tersebut, Ahli membedakan undang-undang yang memiliki ketentuan pidana dengan undang-undang yang memiliki kriminalisasi di dalamnya dengan menciptakan tindak pidana baru. Hasilnya adalah 112 dari 154 undang-undang yang memiliki ketentuan pidana, mengandung praktik kriminalisasi.[100] Selanjutnya, dari proporsi tersebut, ternyata praktik kriminalisasi banyak digunakan untuk memperbarui tindak pidana (berikut sanksinya) yang telah ada sejumlah 885 dan 716 sisanya adalah tindak pidana baru.[101] Namun, garis tren kriminalisasi menunjukkan perkembangan yang makin meningkat dari 1998 hingga 2014. Oleh sebab itu, dapat dikatakan bahwa Indonesia memiliki tendensi untuk menciptakan tindak pidana baru dari waktu ke waktu.[102]

Fakta berikutnya yang penting untuk diperhatikan adalah praktik kriminalisasi di Indonesia banyak diisi oleh diberikannya sanksi pidana kepada jenis delik pelanggaran, yang sebenarnya tidak atau kurang memiliki nilai kriminalitas. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, sifat jahat dari pelanggaran baru muncul ketika undang-undang mengaturnya demikian. Berbeda dengan kejahatan yang memang telah dianggap jahat bahkan jauh sebelum undang-undang mengatur tindak pidana tersebut. Dari data yang dianalisis, 442 tindak pidana merupakan pelanggaran dan menyumbang sekitar 62% dari praktik kriminalisasi Indonesia dari 1998-2014. Di sisi lain, kejahatan hanya dicatat sebanyak 274 tindak pidana dan menyumbang 38% terhadap jumlah total kriminalisasi tersebut.[103]

Selain hal-hal tersebut, tingkat represifitas Indonesia juga ditandai dengan kecenderungan Indonesia untuk memberikan ancaman pidana mati terhadap 1 perbuatan, 7 perbuatan diancam dengan pidana penjara seumur hidup, 649 perbuatan diancam dengan pidana penjara, pidana kurungan diancamkan terhadap 53 tindak pidana, dan 14 tindak pidana sisanya diancam dengan pidana denda.[104] Selain itu, 219 tindak pidana memiliki ancaman pidana minimum khusus yang mengharuskan pelaku menghabiskan minimum waktu pemidanaan (di luar ketentuan umum dalam KUHP, yaitu minimum 1 hari) sebagai akibat dari dilakukannya tindak pidana.[105]

---

[98] Anugerah Rizki Akbari, *op.cit.*, hlm. 18.
[99] *Ibid*., hlm. 20.
[100] *Ibid*., hlm. 21.
[101] *Ibid*., hlm. 22.
[102] *Ibid*., hlm. 22-23.
[103] *Ibid*., hlm. 24.
[104] *Ibid*., hlm. 42.
[105] *Ibid*.

Begitu menjamurnya tindak pidana yang dimiliki Indonesia tersebut pun tidak disertai dengan kajian mendalam mengenai alasan-alasan kriminalisasi terhadap perbuatan tersebut. Dengan beberapa pengecualian pada undang-undang pidana seperti Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, dan sebagainya, setidaknya dalam studi yang dilakukan penulis, hampir tidak bisa ditemukan adanya bagian khusus dalam naskah akademis suatu undang-undang yang menjelaskan alasan-alasan rasional dan disertai bukti-bukti ilmiah bahwa suatu perbuatan tertentu pantas untuk diberikan perlakuan keras dan diberikan stigma dalam bentuk penghukuman. Oleh karena itu, kualitas dan standar justifikasi yang terus-menerus dipraktikkan oleh Indonesia selama kurun waktu 16 tahun dari 1998-2014 tersebut, masih begitu rendah. Padahal, seperti yang telah kita pelajari bersama, keputusan untuk memberikan konsekuensi pidana terhadap suatu perbuatan harus melalui serangkaian tes atas pembatasan-pembatasan kriminalisasi dan standar yang dibutuhkan menjadi jauh lebih tinggi jika dibandingkan dengan bidang hukum lainnya.

Sebagai akibat dari tidak diindahkannya teori kriminalisasi tersebut, sistem klasifikasi tindak pidana dan gradasi ancaman pidana di Indonesia menjadi kacau. Sebagai ilustrasi, di dalam Pasal 86 Undang-Undang Nomor 43 Tahun 2009 tentang Kearsipan mengancamkan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp 500 juta kepada setiap orang yang dengan sengaja memusnahkan arsip, yang sudah habis masa retensinya dan tidak memiliki nilai tambah, di luar prosedur yang benar. Ancaman pidana yang begitu tinggi ini menjadi pertanyaan serius ketika kita membandingkannya dengan tindak pidana penganiayaan berat yang mengakibatkan kematian dalam Pasal 354 ayat (2) KUHP yang juga mengancamkan lama pidana penjara maksimal 10 tahun bagi pelanggarnya.[106] Meskipun Undang-Undang Kearsipan dibentuk dengan tujuan agar Indonesia untuk memiliki sistem kearsipan yang komprehensif dan tertata rapi, akan tetapi ancaman pidana penjara paling lama 10 tahun untuk perbuatan yang merupakan pelanggaran administrasi menjadi suatu hal yang sangat tidak pantas untuk diberikan.[107]

Contoh lain adalah Pasal 51 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan. Dalam ketentuan tersebut dinyatakan bahwa setiap orang yang menggunakan tenaga listrik yang bukan haknya secara melawan hukum dipidana dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan denda paling banyak Rp 2,5 miliar. Di sisi lain, suap yang dilakukan terhadap pegawai negeri atau penyelenggara negara dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *jo.* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi hanya mengancamkan pelanggarnya dengan pidana penjara minimum 1 tahun dan maksimum 5 tahun dan denda paling sedikit Rp 50 juta dan paling banyak Rp 250 juta. Jika dibandingkan keduanya, tindak pidana suap dalam korupsi tersebut menempati posisi yang jauh lebih tinggi dalam skala keseriusan tindak pidana daripada tindak pidana dalam Undang-Undang Ketenagalistrikan tersebut. Namun,

[106] *Ibid*., hlm. 38.
[107] *Ibid*.

ancaman pidana yang jauh lebih tinggi daripada pasal suap di Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tersebut membuat sistem tindak pidana dan gradasi pidana menjadi kacau.[108]

Dari ilustrasi di atas, terlihat bahwa praktik kriminalisasi tidak hanya sesederhana mengancamkan pidana atas suatu perbuatan tertentu, melainkan harus disertai dengan alasan-alasan yang kuat serta didukung oleh bukti-bukti ilmiah serta tetap harus menyeimbangkan tingkat keseriusan tindak pidana tersebut dengan berat-ringannya sanksi pidana yang akan diancamkan pada perbuatan tersebut.

Penutup

Menyikapi fenomena overkriminalisasi dan begitu mudahnya Negara menciptakan tindak pidana baru tanpa rasionalisasi yang kuat, Husak mengungkapkan kekhawatirannya dengan mengatakan '***something has gone seriously wrong*** *with* ***the legislative process in the criminal domain*** *… [therefore there is]* ***urgent need*** *to develop a theory of criminalization* ***to retard the explosive growth of the penal law***'.[109] Sehubungan dengan hal tersebut dan mengkontekstualisasikannya dengan permohonan dalam perkara ini, perlu diingat bahwa hukum pidana tidak boleh digunakan sebagai alat penyelesaian masalah terdepan dan baru boleh digunakan ketika sarana-sarana lain sudah tidak efektif untuk menyelesaikan masalah tersebut (*ultima ratio*). Kita harus bersama-sama menanyakan kepada diri kita mengenai apa yang telah dan sedang kita lakukan untuk mengantisipasi hal-hal yang dikhawatirkan terjadi melalui permohonan ini.

Menjadi sangat mudah bagi kita untuk mengatakan satu hal adalah salah dalam perspektif berpikir masing-masing, akan tetapi memberikan sanksi pidana kepada individu lain hanya karena ketidaksetujuan atas satu hal merupakan satu hal yang sangat dilarang oleh hukum pidana. Hukum pidana bersifat keras. Ia memiliki elemen perlakuan keras dan memberikan stigma kepada pelakunya. Ia pun harus selalu bisa menyeimbangkan kepentingan dan keamanan kolektif dengan perlindungan individu dan kebebasan sipil. Oleh karena itu, di belahan dunia manapun, hukum pidana harus selalu diposisikan sebagai jalan terakhir dalam penyelesaian masalah sosial.

[108] *Ibid*., hlm. 39-40.
[109] Douglas Husak (2), *op.cit.*, hlm. 45.

Keterangan Ahli
Roichatul Aswidah, S.IP., M.A.

" Pemidanaan dalam Hak Asasi Manusia, Hak atas Privasi dan Pembatasannya"
Disampaikan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi
Hari Kamis, 22 September 2016

Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia,

Atas permintaan Pihak Terkait Tidak Langsung dalam pengujian Pasal 284 ayat (1), (2), (3), (4), (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bersama ini saya sampaikan keterangan tertulis saya sebagai ahli.

I. Pemidanaan dalam Hak Asasi Manusia sebagai Wujud Pelaksanaan Kewajiban Negara (*State Obligation*)

Yang Mulia,

Seperti kita ketahui bersama, negara memiliki posisi yang sentral dalam hak asasi manusia yaitu sebagai penanggungjawab serta penanggung kewajiban negara (*state obligation*) untuk mewujudkan hak asasi manusia. Konstitusi Indonesia mengatur tanggung jawab negara dalam hak asasi manusia dimana Pasal 28 I (4) menyatakan bahwa "[p]erlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah".

Kewajiban negara (*state obligation*) juga diatur dalam Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik yang telah disahkan oleh Indonesia melalui UU No. 12 Tahun 2005. Pasal 2 Kovenan tersebut mendefinisikan ruang lingkup kewajiban Negara-negara Pihak dimana Negara-negara Pihak diwajibkan untuk menghormati (*obligation to respect*) hak-hak yang dijamin oleh Kovenan dan untuk menjamin (*obligation to ensure*) hak-hak tersebut bagi semua individu di wilayah kekuasaan mereka dan yang menjadi subyek yurisdiksi mereka.[110] Kewajiban untuk menghormati bermakna bahwa negara diwajibkan untuk menahan diri dan tidak menginterveensi hak-hak individu. Sementara kewajiban untuk menjamin meliputi kewajiban untuk memenuhi (*obligation to fulfill*) dan kewajiban untuk melindungi (*obligation to respect*). [111] Sesuai dengan prinsip yang dinyatakan dalam pasal 26 Konvensi Wina tentang

---

[110] Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, General Comment No. 31 [80*], the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, Adopted on 29 March 2004 (2187th meeting), paragraf 3

[111] Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Publishers, 2005, hal. 37

Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), Negara-negara Pihak diwajibkan untuk melaksanakan kewajiban-kewajibannya berdasarkan Kovenan dengan itikad baik (*good faith*).[112]

Dalam hal ini ijinkan kami untuk mendalami kewajiban untuk melindungi (*obligation to protect).* Kewajiban ini memiliki rujukan utama pada ketentuan Pasal 2 Kovenan Hak Sipil dan Politik yang memuat terminologi "hak atas perlindungan hukum (*right to the protection of the law)* yang memberi amanah kepada negara untuk mengambil langkah melakukan perlindungan bukan hanya dari aparat negara namun juga terhadap intervensi pihak ketiga atau sesama masyarakat. Hal ini memberikan kewajiban bagi negara untuk memberi perlindungan dengan membatasi hak termasuk mengkriminalkan -- apabila langkah lain tidak mencukupi -- pelanggaran atas hak sebagai tindakan pidana (*criminalization*).[113] Dengan demikian, sebagaimana kita ketahui bersama, mengkriminalkan sebuah perbuatan menjadi tindak pidana adalah sebuah langkah untuk pelaksanaan kewajiban negara yaitu untuk melindungi (*obligation to protect*) yang dilakukan sebagai langkah terakhir (*ultimum remedium/last resort*) apabila langkah lain dianggap tidak mencukupi. Negara-negara Pihak dalam hal ini diwajibkan untuk mengambil langkah-langkah yang selayaknya atau untuk mengambil tindakan secara menyeluruh guna mencegah, menghukum, menyelidiki, serta melakukan pemulihan yang disebabkan oleh tindakan-tindakan oleh orang-per-orang atau kelompok-kelompok.[114]

II. Hak atas Privasi

Yang Mulia,

Hak yang paling terkait dengan Pasal-pasal yang dimohonkan untuk diuji adalah hak atas Privasi. Hak ini diatur dalam Pasal 28 G (1) yang menyatakan "*[S]etiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawa kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi".* Hak ini juga diatur dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang seperti disampaikan sebelumnya, telah disahkan oleh Indonesia melalui UU Nomor 12 Tahun 2005 Pasal 17 yang menyatakan:

1. *Tidak seorang pun yang dapat secara sewenang-wenang atau secara tidak sah dicampuri masalah pribadi, keluarga, rumah atau korespondensinya, atau secara tidak sah diserang kehormatan dan nama baiknya.*
2. *Setiap orang berhak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan tersebut.*

---

[112] Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, General Comment No. 31 [80], *op.cit* (catatan kaki 1), paragraf 3
[113] Manfred Nowak, *op. cit* (catatan kaki 2), hal. 39-40
[114] Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, General Comment No. 31 [80], *op.cit* (catatan kaki 1), paragraf 8

Hak atas privasi memiliki gagasan dasar yang menempatkan manusia sebagai subyek otonom atas dirinya sendiri. Hak atas privasi memberikan hak pada individu untuk mengisolasi diri dari orang lain, untuk keluar dari kehidupan publik masuk ke dalam ruang dirinya yang privat serta untuk mengembangkan dirinya sesuai dengan harapan dan keinginannya. [115] Hak ini juga melindungi tindakan individu sepanjang tindakan tersebut tidak mengintervensi orang lain dan bila tidak membahayakan privasi orang lain.[116] Di titik inilah perlindungan absolut terhadap privasi mencapai titik akhir. Maka hak atas privasi melindungi ruang otonom individu bagi eksistensi diri serta tindakannya sepanjang tidak menyentuh ruang kebebasan orang lain.[117] Yang dilindungi adalah ruang khusus dari eksistensi individu serta otonomi yang tidak bersentuhan dengan ruang kebebasan dan privasi orang lain. [118]

Hak atas privasi memiliki lingkup: 1). pertama adalah identitas (*identity*) yang melindungi kualitas atau keistimewaan seseorang yang meliputi antara lain nama, penampilan, cara berpakaian, perasaan, pemikiran serta keyakinan; 2). Integritas (*integrity*), yang melindungi hak atas integritas diri serta melarang antara lain perlakukan atau penghukuman yang tidak manusiawi atau pun misalnya penggeledahan badan yang sewenang-wenang dsb; 3). Keintiman (*intimacy*) yang meliputi kerahasiaan dari publik atas karakterististik pribadi, tindakan atau pun data; 4). Otonomi (*autonomy*), ruang otonomi yang melindungi upaya individu untuk realisasi diri dengan tindakan yang tidak mengintervensi privasi orang lain; 5). [119] Seksualitas (*sexuality*). Hal ini berlaku bagi perilaku seksual ataupun konsumsi pornografi yang bersifat privat. Intervensi negara diperbolehkan tatkala secara mutlak diperlukan untuk perlindungan mereka yang terdampak (khususnya anak-anak). Regulasi yang mengatur perilaku seksual oleh karena itu merupakan intervensi atas privasi. [120]

III. Pembatasan Hak atas Privasi, Moral dan Pemidanaan

Yang Mulia,

Hak atas privasi seperti disampaikan di atas tidaklah bersifat *absolute*. Hak ini dibatasi oleh ruang privasi orang lain dan dengan demikian *per definition* hak ini tidak dibatasi sepanjang tidak melanggar hak orang lain. Akan tetapi seringkali hal ini justru berbenturan dengan larangan negara, khususnya apabila tindakan privat menyimpang dari hal yang diakui secara umum oleh norma-norma keagamaan, moral atau pun sosial dimana publik merasa bertanggungjawab.[121] Pembatasan atas nama norma keagamaan, sosial ataupun moral memanglah sah. Deklarasi dan Program Aksi Wina yang merupakan hasil Konfenerensi HAM Dunia menyatakan dengan tegas bahwa: *"[s]emua hak asasi manusia adalah universal,*

[115] Manfred Nowak, *op. cit* (catatan kaki 2), 378
[116] *Ibid,* hal. 377
[117] *Ibid,* 378
[118] *Ibid*, 385
[119] *Ibid*, 389
[120] *Ibid*, 391
[121] *Ibid,* 385-389

tidak dapat dipisahkan, saling bergantung dan berkait...... kekhususan nasional dan regional serta berbagai latar belakang sejarah, budaya dan agama adalah suatu yang penting dan harus terus menjadi pertimbangan, adalah -tugas negara-negara, apapun sistem politik, ekonomi dan budayanya, untuk memajukan dan melindungi semua hak asasi manusia dan kebebasan asasi". [122]

Pertanyaannya, saat manakah alasan partikularisme sebagai alasan pembatasan menjadi sah dan tidak merupakan --dalam kaitan dengan hak atas pribvasi-- sebuah intervensi *secara sewenang-wenang atau tidak sah*" sebagaimana dilarang oleh Pasal 17 Kovenan Hak Sipil dan Politik.

Putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa (*the European Court of Human Rights/ ECHR*) dan Pengadilan HAM Inter-Amerika (*the Inter-American Court of Human Rights/IACHR*) serta pandangan dari Komite HAM PBB (*the Human Rights Committee/HRC)* menjadi rujukan untuk menjawab pertanyaan tersebut. Dalam hal ini, seperti kita ketahui bersama Pengadilan HAM Eropa yang menggunakan doktrin "margin of appreciation" menjadi rujukan penting.[123]

Doktrin "margin of appreciation" didasarkan pada gagasan bahwa setiap masyarakat memiliki ruang untuk menyelesaikan benturan antara hak-hak individu dan kepentingan nasional berdasarkan standar moral masing-masing masyarakat. Negara Pihak (dalam hal ini dari Konvensi HAM Eropa) lebih lanjut memiliki kesempatan dan ruang untuk menjaga keseimbangan antara kebaikan bersama (*common good)* dan kepentingan serta hak individu saat membatasi hak. Prinsip dasarnya adalah bahwa negara dipandang lebih memahami daripada hakim internasional untuk menilai bagaimana menerapkan Konvensi pada konteks masing-masing negara.[124] Doktrin ini menempatkan perlindungan berdasar Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa (*the European Convention on Human Rights*") adalah sekunder (*secondary*) atau subsider (*subsidiary)* dari perlindungan yang disediakan oleh masing-maisng negara. Terminologi "margin of appreciation" memberikan diskresi kepada negara untuk menilai situasi faktual yang dihadapi dan mempertimbangkan kondisi serta lingkungan khusus (*particular*) dalam penerapan serta pelaksanaan ketentuan Konvensi. [125]

Yang Mulia,

Yang tetap harus diingat adalah bahwa diskresi tersebut harus tetap diletakkan dalam prinsip-prinsip umum pembatasan hak, yang sebagaimana kita ketahui, adalah sebagai berikut: [126]

---

[122] Deklarasi dan program Aksi Wina, 1993, Disetujui pada 25 Juni 1993 oleh Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia, paragraf 5

[123] Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 NEW YORK, UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 843 (1999)

[124] *Murat Tümay*, THE "MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE" DEVELOPED BY THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*,* Ankara Law Review Vol. 5 No. 2 (Winter 2008), pp. 201-234

[125] *Ibid*

[126] THE MARGIN OF APPRECIATION, Council of Europe, Judicial Profession, the Lisbon Network, diakses pada 16 September 2016 di Chttps://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

a) Berdasarkan hukum (*prescribed by law/in accordance with law*): yaitu harus diatur berdasarkan hukum yang kemudian memungkinkan adanya kontrol untuk menghindari pelaksanaan pembatasan hak yang sewenang-wenang.
b) Tujuan yang sah (*Legitimate aims*): tujuan yang sah mengijinkan adanya pembatasan hanya berdasarkan atas hukum dan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (*necessary in a democratic society*).
c) Diperlukan dalam masyarakat demokratis (*Necessary in a democratic society*) : dimana tujuan yang sah dalam hal ini haruslah dilengkapi dengan alasan bahwa pembatasan yang dilakukan memang sungguh-sungguh diperlukan. Pengadilan HAM Eropa menjelaskan bahwa kata "necessary" berarti harus ada kebutuhan sosial yang mendesak untuk adanya pembatasan. Di sinilah kemudian sebuah negara pihak diperkenankan untuk menggunakan "margin of appreciation".

Penilaian atas frasa diperlukan dalam masyarakat demokratis memasukkan sebuah prinsip yang sangat penting yaitu *the principle of proportionality*.. Prinsip proportionalitas pada dasarnya mempertanyakan *the reasonableness* dari pembatasan. Walaupun sebuah negara memiliki diksresi dengan doktrin "margin of appreciation" tetapi tetaplah bahwa pembatasan yang tidak diperlukan tidak seharusnya dilakukan. Pengadilan Eropa dalam kasus *Handyside* vs UK kemudian memberlakukan empat pertanyaan untuk mengetes apakah pembatasan sungguh-sungguh diperlukan, yaitu :[127]

a) Apakah ada kebutuhan yang mendesak untuk adanya pembatasan hak?
b) Apabila ada, apakah pembatasan tersebut berkesusaian dengan kebutuhan yang ada.
c) Apakah langkah itu merupakan langkah yang proporsional untuk merespon kebutuhan tersebut?
d) Apakah alasan-alasan yang dikemukakan relevan dan memadai?

Dalam kasus yang lain, Pengadilan HAM Eropa secara sederhana menggunakan frasa "adanya hubungan yang masuk akal antara cara dan tujuan yang diharapkan" serta adanya "a fair balance" antara kepentingan individu dan kepentingan umum. Pengadilan HAM Eropa biasanya mempertimbangkan beberapa faktor untuk melaksanakan prinsip proporsionalitas; a). Signifikansi hak dimana dalam hal ini Pengadilan HAM Eropa telah memberi pandangan beberapa hak bersifat fundamental. Dari putusan kasus Dudgeon vs UK, hak atas privasi masuk dalam ketegori ini; b). Obyektivitas dari pembatasan yang diberlakukan dalam hal ini Pengadilan HAM Eropa membedakan antara sifat obyektif dari Majelis dengan sifat subyektif dari negara dengan alasan perlindungan moral yang dalam hal ini juga mendengar pandangan domestik atas masalah tersebut; c). Adanya konsensus dalam hukum dan praktik di antara negara-negara. Pengadilan HAM Eropa dalam hal ini menafsirkan Konvensi sebagai sebuah dokumen hidup (*living document*) yang dalam

[127] *Ibid*

penerapannya juga memperhatikan konsensus yang muncul di antara negara-negara.[128]

Oleh karena itu, dalam hal ini harus disadari bersama, walaupun intervensi atas privasi mungkin "justified" namun demikian, intervensi yang luas atas nama ketertiban umum, kebaikan bersama (*common good*) atau pun sosial mengurangi ruang privasi individu. Oleh karena itu, pembatasan dan intervensi negara terhadap hak atas privasi tetap harus sungguh-sungguh memperhatikan prinsip-prinsip yang telah disebutkan sebelumnya serta salah satunya menghormati prinsip "reasonableness" walaupun terkait dengan tindakan yang terkait dengan kebaikan bersama.[129]

Sehubungan dengan pasal-pasal yang dimohonkan, baiklah kita bersama mendalami putusan Pengadilan HAM Eropa untuk kasus *Dudgeon vs UK*.[130] Kasus ini memiliki kemiripan dengan permohonan *aquo*. Dalam hal ini Pemerintah menyatakan pembatasan yang dilakukan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis. Pengadilan HAM Eropa menafsirkan kata "diperlukan/necessary" mengimplikasikan sungguh harus adanya kebutuhan sosial yang mendesak untuk pembatasan dan bukan hanya harus "reasonable'.[131]

Pengadilan HAM Eropa lebih lanjut menjelaskan bahwa lingkup "margin of appreciation" dipengaruhi bukan hanya oleh tujuan pembatasan tetapi juga sifat dari kegiatan dari hak tersebut. Pengadilan HAM Eropa berpandangan bahwa dalam kasus ini terdapat fakta bahwa yang menjadi isu adalah "aspek yang paling intim dari kehidupan privat ('*a most intimate aspect of private life*').[132] Pada kasus ini, pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa memutuskan bahwa pembatasan homoseksualitas pada orang dewasa dengan mengkriminalkannya sebagai pelanggaran Pasal 8 Konvensi HAM Eropa. Pengadilan HAM Eropa memperkenankan pembatasan homoseksualitas pada anak-anak dengan mengkriminalkannya. Hal ini juga serupa dengan pandangan Komite HAM PBB. Komite menyatakan bahwa kita semua menyadari homoseksualitas memanglah dilarang berdasarkan alasan moral, keagamaan maupun budaya di banyak sekali negara dan dianggap sebagai hal yang kontroversial. Namun demikian, Badan HAM PBB dalam kasus *Toonen v. Australia* memutuskan dengan bulat apa yang diputuskan Pengadilan HAM Eropa. Komite HAM PBB memutuskan bahwa larangan semua bentuk kontak seksual antara orang-orang dewasa homoseksual dalam ruang privat merupakan pelanggaran atas Pasal 17 Kovenan Hak Sipil dan Politik. Tentang argumen Pemerintah Australia bahwa hal itu dilakukan dengan alasan melindungi kesehatan publik yaitu mencegah HIV/Aids, Komite

---

[128] *Ibid*

[129] Manfred Nowak, *op. cit* (catatan kaki 2), hal. 389

[130] Dalam kasus ini, Pengadilan HAM Eropa sangat intensif mendiskusikan penerapan doktrin "margin of appreciation" dan penafsirannya dalam konteks Pasal 8 dari Konvensi HAM Eropa yaitu hak atas privasi. Pemerintah Inggris diadukan oleh karena masih menerapkan hukum yang mengkriminalkan tindakan homoseksual dalam ruang privat. Hukum ini disahkan 1861 dan 1885 serta hanya berlaku di Irlandia Utara. Pemerintah Inggris menyatakan bahwa hal itu diperlukan dalam masyarakat demokratis untuk melindungi moral, hak orang lain. Lihat Murat Tümay, *op. cit (*catatan kaki 15), hal.218-219

[131] Murat Tümay, *op. cit (*catatan kaki 15), hal.218-219

[132] Lihat*Dudgeon v UK* (App no 7525/76) (1981) Series A no 45, lihat juga Eyal Benvenisti, *op.cit* (catatan kaki 15).

menyatkan bahwa hal itu dapat dilakukan dengan program-program pendidikan.[133] Pengadilan HAM Eropa dan Komite HAM PBB dalam hal ini sungguh-sungguh memperhatikan prinsip-prinsip umum pembatasan utamanya proporsionalitas serta menempatkan pemidanaan sebagai *last resort/ultimum remedium* yang kemudian berpandangan bahwa pemidanaan hanya diperlukan untuk anak-anak guna melindungi mereka oleh karena belum mampu melindungi diri sendiri serta belum mampu mengatur diri sendiri termasuk ruang otonomnya.

IV. Kesimpulan

Yang terhormat Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi,

Kiranya dapat disimpulkan bahwa hak atas privasi adalah hak yang mendasar yang mengakui dan melindungi manusia sebagai individu yang memiliki ruang otonom. Setiap manusia dewasa lebih lanjut mampu mengatur ruang otonomnya berdasarkan akal budi yang diberikan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Kuasa. Akal budi ini menjadi dasar dirinya dalam mengatur ruang otonomnya termasuk untuk berbuat atau tidak berbuat atas sesuatu. Intervensi atau pembatasan yang tidak menganut prinsip-prinsip yang disebutkan sebelumnya akan merupakan sebuah intervensi yang sewenang-wenang yang berimplikasi luas utamanya pelanggaran hak kaum minoritas.

Dengan demikian, walaupun pembatasan atas hak privasi ini diperkenankan, akan tetapi pembatasan hanya apabila bersentuhan dan melanggar hak dan privasi orang lain dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip umum pembatasan hak yaitu:

a) Berdasarkan hukum (*prescribed by law/in accordance with law*): yaitu harus diatur berdasarkan hukum yang kemudian memungkinkan adanya kontrol untuk menghindari pelaksanaan pembatasan hak yang sewenang-wenang.
b) Tujuan yang sah (*Legitimate aims*): tujuan yang sah mengijinkan adanya pembatasan hanya berdasarkan atas hukum dan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (*necessary in a democratic society*).
c) Diperlukan dalam masyarakat demokratis (*Necessary in a democratic society*) : dimana tujuan yang sah dalam hal ini haruslah dilengkapi dengan alasan bahwa pembatasan yang dilakukan memang sungguh-sungguh diperlukan. Pengadilan HAM Eropa menjelaskan bahwa kata "necessary" berarti harus ada kebutuhan sosial yang mendesak untuk adanya pembatasan. Di sinilah kemudian sebuah negara pihak diperkenankan untuk menggunakan "margin of appreciation".

Pembatasan tersebut juga harus menjawab pertanyaan-pertanyaan:

a) Apakah ada kebutuhan yang mendesak untuk adanya pembatasan hak?
b) Apabila ada, apakah pembatasan tersebut berkesusaian dengan kebutuhan yang ada.

[133] Manfred Nowak, *op. cit* (catatan kaki 2), 392-393

c) Apakah langkah itu merupakan langkah yang proporsional untuk merespon kebutuhan tersebut?
d) Apakah alasan-alasan yang dikemukakan relevan dan memadai?

Mengkriminalkan sebuah perbuatan, sebagai bagian dari pembatasan hak asasi manusia, harus merupakan langkah terakhir dan hanya diberlakukan bagi mereka yang belum mampu melindungi diri sendiri atau pun mengatur ruang otonomnya seperti anak-anak atau pun apabila perbuatan tersebut dilakukan dengan kekerasan atau pemaksaan. Bagi berbagai masalah di luar itu yang muncul, sejauh mungkin diatasi dengan memampukan akal budi dari setiap individu agar kemudian setiap individu dapat bertindak secara dewasa.

Demikianlah, keterangan yang dapat saya berikan, atas perhatiannya diucapkan terima kasih.

Jakarta, 22 September 2016

Roichatul Aswidah, S.IP., M.A.

Keterangan Tertulis Ahli
Dr. Shidarta, S.H., M.Hum.

Kepada Yth.
KETUA MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA
Jalan Medan Merdeka Barat No.6
JAKARTA PUSAT

Perihal:

Penyampaian keterangan Ahli Tertulis dalam Perkara Nomor: 46/PUU- XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Dengan hormat,

Perkenanan Saya:

Dr. Shidarta, S.H., M.Hum.

Menyampaikan pandangan selaku ahli hukum tentang Pasal 284 dan 292 KUHP.

Pembahasan terhadap persoalan di atas menjadi penting untuk diketengahkan dalam rangka memberikan pandangan kepada Ketua Mahkamah Konstitusi guna mengambil putusan terhadap Permohonan dalam Perkara Nomor: **46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.**

1. Pasal 284 KUHP

Pasal 284 KUHP berada dalam satu bab yang berjudul "Tentang Kejahatan terhadap Kesusilaan" *(Misdrijven tegen de Zeden).* Kata kesusilaan (zeden) di sini memiliki karakteristik khusus tatkala dibahas dalam konteks hukum pidana. Hal ini karena objek norma *(normgedrag)* dari ketentuan-ketentuan tentang delik kesusilaan selalu dibiarkan terbuka. Apa yang disebut delik kesusilaan tidak pernah secara rinci ditentukan seperti apa unsur-unsur perbuatannya. Unsur-unsurnya dipandang sulit dipastikan karena sangat berkaitan dengan norma-norma sosial yang hidup di masyarakat. Apa yang dipandang "susila" pada suatu tempat dan waktu, dapat saja menjadi "tidak susila" pada tempat dan waktu yang lain.

Setiap ketentuan yang diformulasikan sebagai norma hukum harus dipersepsikan sebagai ketentuan etis paling minimal *(das Recht ist das ethische Minimum).* Hal ini terutama juga berlaku dalam hukum pidana. Artinya, hukum pidana ingin agar apa yang disebut tindakan tidak etis *(immoral)*, harus ditentukan batas-batasnya secara tegas. Membiarkan batas-batas ini berada dalam koridor yang longgar, akan mengundang bahaya yang menjurus ke tindakan over-kriminalisasi.

Pasal 284 KUHP dikenal sebagai pasal tentang delik perzinahan. Pembentuk KUHP yang merumuskan Pasal 284 menyadari ada perbedaan antara konsep zinah dalam kehidupan bermasyarakat. Untuk itulah maka delik yang dimuat dalam pasal ini diberi batas yang tegas, dengan menyatakan bahwa tindak pidana yang dikenakan atas pasal ini hanya ditujukan bagi:

1. pria/wanita yang telah kawin; dan
2. pria/wanita yang turut serta melakukan terhadap pihak lain yang telah kawin.

Delik ini juga dikategorikan sebagai delik aduan, yang dalam hal ini diajukan atas pengaduan suami/isteri yang tercemar.

Benar bahwa dalam kaca mata agama, konsep zinah tidak terkait ke persoalan status perkawinan dari pelakunya. Artinya, mereka yang berstatus lajang pun, tetap masuk dalam kriteria berzinah, jika perbuatan itu dilakukan dengan siapapun yang tidak dilandasi ikatan perkawinan yang sah. Namun, di sini hukum pidana mencermati bahwa untuk para pelaku yang berstatus lajang, tidak ada konsekuensi yang mencederai ikatan kekeluargaannya dengan pihak lain. Di dalam hal ini, tidak ada isteri atau suami yang dianggap tercemar oleh perilaku pasangannya.

Penghormatan terhadap pasangan (isteri/suami) yang telah terikat perkawinan inilah yang menjadi filosofi mengapa Pasal 284 KUHP ini diadakan. Penghormatan ini pula yang membuat inisiatif pengaduan atas delik ini juga diserahkan kepada mereka, tidak dibiarkan menjadi delik biasa. Bahkan juga tidak diserahkan kepada kuasa hukum, wali, pengampu, atau anggota keluarga dari pihak yang tercemar. Hal ini menunjukkan betapa hukum pidana memberi hak eksklusif ini kepada pasangan sebagai pihak yang tercemar ini untuk sangat hati-hati, menimbang-nimbang apakah ia perlu untuk membawa kasus ini ke ranah hukum atau tidak. Kondisi tiap-tiap pasangan tentu berbeda-beda, sehingga sangat tidak adil apabila hak eksklusif untuk mengadu ini kemudian dicabut dan diserahkan kepada setiap orang, termasuk jika diserahkan ke anggota keluarga terdekat sekalipun.

Dengan demikian, pandangan bahwa Pasal 284 KUHP sangat dipengaruhi oleh filosofi individualistis yang tak sejalan dengan nilai-nilai yang hidup di bumi Indonesia, harus tidak buru-buru dibenarkan. Keberadaan Pasal 284 KUHP sangat penting untuk dipertahankan bukan karena alasan tersebut. Keberadaan pasal ini layak dipertahankan karena:

1. apabila delik kesusilaan ingin dimuat sebagai ketentuan pidana, maka ia harus secara minimal mencantumkan unsur-unsur perbuatannya, mengingat delik kesusilaan sangat berpotensial untuk terjadinya over-kriminalisasi;
2. pembatasan subjeknya pada orang-orang yang sudah terikat perkawinan dengan pihak lain menunjukkan delik kesusilaan dalam pasal ini ingin memberi penghormatan yang tinggi

terhadap lembaga perkawinan, namun di sisi lain juga berusaha mencegah akibat yang buruk pada pasangan-pasangan yang sudah terikat tali perkawinan apabila inisiatif pengaduan dibiarkan terbuka (delik aduan menjadi delik biasa).

Gagasan untuk melakukan uji material terhadap Pasal 284 KUHP, dengan demikian mempunyai konsekuensi logis menghilangkan koridor yang dibangun untuk mencegah over-kriminalisasi dan menjaga eksklusivitas pengaduannya. Akibatnya, delik perzinahan akan terbuka untuk dikenakan kepada lebih banyak orang tanpa ada tujuan pemidanaan yang jelas. Tidak ada bukti empiris yang akurat bahwa dengan dipidananya makin banyak orang karena tuduhan berzinah, akan membuat tindak perzinahan menurun. Yang terjadi justru akan membuat penegakan hukum pidana menjadi sangat mahal dan kehilangan orientasi. Tujuan pemidanaan yang ingin bernafsu menjerat makin banyak orang seperti ini jelas tidak sejalan dengan semangat *ultimum remedium* yang ingin dikedepankan dalam kebijakan hukum pidana Indonesia.

2. Pasal 292 KUHP

Pasal 292 KUHP berkenaan dengan delik kesusilaan untuk pelaku orang dewasa yang melakukan perbuatan cabul dengan anak-anak. Artinya, secara a-contrario delik ini tidak mencakup perbuatan hubungan seks sesama jenis kelamin yang dilakukan oleh orang-orang yang sudah dewasa.

Tatkala pasal ini dirumuskan, praktik hubungan seks sesama jenis tentu sudah terjadi. Agama-agama juga sudah memuat larangan demikian. Pandangan moralitas umum yang beredar di masyarakat juga tidak/belum dapat menerima perilaku ini. Hal itu dapat dicermati dari definisi "perkawinan" yang sampai saat inipun di berbagai negara masih tetap mengakui sebagai ikatan perkawinan antara pria dan wanita (relasi heteroseksual).

Benar bahwa negara adalah pemilik otoritas yang diberi kewenangan untuk menjaga norma-norma sosial agar dapat berjalan harmonis di tengah-tengah masyarakat. Sebagai pemegang otoritas, sangat mungkin ada penggunaan kekuasaan yang melebihi batas *(abuse of power)*. Dalam hal inilah maka negara harus menyadari ada batas-batas kewenangan yang dapat dan tidak dapat ia masuki. Hal-hal yang bersifat sangat pribadi, yang apabila dicampuri akan mempengaruhi harkat martabat pribadi seseorang sebagai manusia, jelas tidak diperkenankan untuk dicampuri oleh negara.

Negara harus meyakini bahwa setiap warga negaranya yang sudah dewasa dianggap cakap untuk bertindak memilih apa-apa yang terbaik bagi dirinya sendiri. Untuk itu, hal-hal yang bersifat pribadi merupakan hak sepenuhnya yang harus dihormati oleh negara. Aktivitas seksual termasuk di dalam ranah privat (bahkan sangat privat) yang jelas tidak boleh sampai diintervensi oleh negara. Tentu saja, persoalannya menjadi berbeda apabila di dalam aktivitas seksual ini ada pihak yang dirugikan atau tercemar. Di sini negara dipersilakan untuk berperan, tidak dalam konteks mengintervensi ranah privat, tetapi dalam rangka melindungi hak warganya yang dirugikan oleh tindakan pihak lain.

Dengan demikian, aktivitas seksual yang dilakukan seseorang yang sudah dewasa, terlepas apakah aktivitas itu dipandang menyimpang atau tidak menyimpang, sepanjang dilakukan dalam ranah privat dan tidak menyebabkan kerugian bagi pihak lain, harus tetap dibiarkan sebagai urusan

personal. Namun, negara perlu memasang rambu-rambu untuk menunjukkan aktivitas personal ini sudah masuk ke ranah publik, sehingga menjadi aktivator yang mengundang campur tangan negara. Rambu-rambu itu sudah terdapat dalam Pasal 292 KUHP, yakni apabila salah satu subjek dari aktivitas seksual itu adalah anak-anak. Jadi, fokus perlindungan hukum dari pasal ini sangat tegas, yaitu anak-anak.

Gagasan untuk menyatakan Pasal 292 KUHP tidak lagi memiliki kekuatan mengikat secara normatif sebagai bagian dari hukum pidana, justru akan sangat membahayakan, khususnya jika dilandasi oleh keinginan menghukum semua orang yang dianggap memiliki orientasi seksual "menyimpang" (di luar normal). Akan muncul bentuk-bentuk penghukuman yang kontraproduktif, yang berasumsi bahwa pemidanaan bakal mengubah orientasi seksual seseorang.

Pandangan naif yang barangkali bertolak belakang dari kenyataan, mengingat misalnya, praktik disorientasi seksual seperti ini boleh jadi justru marak di lembaga-lembaga pemasyarakatan. Di sinilah terlihat bahwa semangat untuk menghilangkan Pasal 292 dari substansi KUHP pada akhirnya justru tidak seiring sejalan dengan ekspektasi mengikis perilaku homoseksualitas dan lesbianisme di masyarakat. Yang terjadi justru hadirnya absolutisme negara, yang atas nama moral, bertindak secara eksesif memasuki wilayah-wilayah privat warga negaranya.

Dr. Shidarta, S.H., M.Hum.

Keterangan Tertulis Ahli

Sri Wiyanti Eddyono, S.H, LLM (HR), PhD

Kepada Yth.
KETUA MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA
Jalan Medan Merdeka Barat No.6
JAKARTA PUSAT

Perihal: Penyampaian Kesaksian Tertulis dalam Perkara Nomor: 46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Dengan hormat,

Saya, Dr. Sri Wiyanti Eddyono, S.H, LLM (HR), PhD, dosen Fakultas Hukum Pidana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta ingin menyampaikan pandangan saya terkait dengan gugatan pemohon dalam Perkara Nomor: **46/PUU-XIV/2016 Permohonan Pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.**

Saya ingin menyampaikan pandangan terkait dengan **"Sejauhmana dan bagaimana persoalan-persoalan yang berkembang di dalam masyarakat menjadi sebuah delik baru yang dapat diterapkan dalam sistem hukum pidana di Indonesia?"**

Sebelum menjawab pertanyaan di atas, saya mengidentifikasi persoalan hukum yang menjadi pokok perkara gugatan sebagai berikut:

1. Para pemohon dalam perkara tersebut diatas mempersoalkan Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 285 dan Pasal 292 KUHP adalah bertentangan dengan UUD 1945 khususnya pasal 28B ayat (1), dan (2), pasal 28C ayat (2), dan pasal 28D ayat (1), Pasala 28G ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28H ayat (1), Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 29 ayat 1 dan tidak memiliki kekuatan hukum.

2. Secara rinci persoalan hukum yang diajukan oleh pemohon terhadap ketiga pasal tersebut adalah sebagai berikut:
   1) Pasal 284 ayat (1), ayat (2) ayat (3) ayat (4) dan ayat (5)
      a. Pasal 284 ayat (1) angka 1.a KUHP sepanjang frasa '**yang beristri'** dan frasa **'sedang diketahuinya bahwa Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sipil) berlaku kepadanya'** adalah dianggap bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca sebagai '*laki- laki berbuat zina*'.

b. Pasal 284 ayat (1) angka 1.b. sepanjang frasa '**yang bersuami'** adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca sebagai '*perempuan berbuat zina*'.
c. Pasal 284 ayat (1) angka 2.a. sepanjang frasa '**sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu bersuami'** adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca 2.a. '*laki-laki yang turut melakukan perbuatan itu*'.
d. Pasal 284 ayat (1) angka 2.b. sepanjang frasa **'yang tiada bersuami'** dan frasa **'sedang diketahuinya, bahwa kawannya itu beristri dan Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sipil) berlaku pada kawannya itu'** adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca: 2 b. *perempuan yang turut melakukan perbuatan itu.*
e. Pasal 284 ayat (2) ayat (3) ayat (4) dan ayat (5) adalah bertentangan dengan UUD 1945 tidak memiliki kekuatan hukum.

2) Pasal 285 KUHP sepanjang frasa kata **'perempuan yang bukan istrinya'** adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum; sehingga harus dibaca sebagai: *'Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa bersetubuh dengan dia, dihukum karena memperkosa dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun'.*
3) Pasal 292 KUHP Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sepanjang frasa **'dewasa'** , frasa '**yang belum dewasa'** dan frasa '**sedang diketahuinya atau patut harus disangkanya hal belum dewasa itu'** bertentangan dengan Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945; sehingga harus dibaca sebagai; '*Orang yang melakukan perbuatan cabul dengan orang dari jenis kelamin yang sama, dihukum penjara selama-lamanya lima tahun*';

3. Terkait dengan hal-hal yang dikemukakan oleh para pemohon, mereka menyampaikan dua argumentasi pokok: **ketahanan keluarga** dan **perlindungan terhadap nilai-nilai agama di Indonesia**. Para pemohon menyampaikan keprihatinan mereka terhadap terancamnya ketahanan keluarga karena adanya persoalan zinah di luar perkawinan. Selain itu, menurut pemohon menyebutkan bahwa perkosaan yang terjadi baik terhadap perempuan dan laki-laki dan khususnya terhadap sesama jenis perlu dimasukkan sebagai kejahatan yang sangat berbahaya. Pemohon juga berpendapat bahwa perbuatan cabul dapat saja terjadi tidak saja terhadap anak-anak, tapi kepada orang dewasa, baik yang dilakukan oleh lawan jenis maupun sesama jenis.

4. Selain berlandaskan keprihatinan di atas, para pemohon berpendapat bahwa Indonesia adalah Negara Ketuhanan Yang Maha Esa yang berlandaskan pada konsep dan nilai-nilai moral dan agama. Para pemohon berargumentasi bahwa agama-agama di Indonesia pada dasarnya melarang perzinahan di luar perkawinan, perkosaan terhadap siapapun dan melarang hubungan sesama jenis. Dengan demikian maka pemohon berpendapat bahwa nilai-nilai agama ini dirasa penting untuk dimasukkan sebagai hukum positif yang menggantikan hukum yang berasal dari hukum kolonial. Dengan argumentasi di atas, maka pemohon dalam memohon agar Mahkamah Konstitusi menghilangkan atau mengganti berbagai frasa di dalam Pasal 284, 285 dan 292 KUHP.

5. Mengkaji argumentasi yang disampaikan oleh para pemohon maka saya ingin menyampaikan pandangan saya dengan menggunakan kerangka dasar tujuan hukum pidana dan pemidanaan. Garis besar dari pembahasan saya adalah **Hukum pidana perlu dipandang sebagai salah satu mekanisme yang ada harus dipandang sebagai mekanisme yang saling melengkapi, dan bukan satu-satunya mekanisme untuk penyelesaikan konflik atau persoalan yang ada di dalam masyarakat**. Hukum pidana harus diiringi dengan perangkat hukum-hukum lainnya, dan bahkan perangkat dan tatanan sosial yang menyeluruh. Hukum pidana perlu diletakkan **sebagai tempat**

yang khusus karena merupakan mekanisme yang cenderung bersifat represif dengan karakternya yang memiliki unsur memaksa. Dengan sifat represifnya, **hukum pidana tidak selalu sebagai jalan yang tepat untuk menyelesaikan problem yang terjadi di dalam masyarakat** (Nawawi Arief, 2005). Karena itu, kriminalisasi perlu dilakukan dengan secara hati-hati dengan mempertimbangkan berbagai faktor-faktor yang saling melengkapi agar penerapannya dalam berjalan efektif. Jika tidak, kriminalisasi dapat berbalik menjadi mekanisme yang tidak efektif untuk penyelesaikan problem di dalam masyarakat, khususnya problem terkait dengan ketahanan keluarga dan upaya untuk perlindungan nilai-nilai agama. Argumentasi yang mendukung pandangan di atas adalah sebagai berikut.

6. Setidaknya dua pendekatan yang berkembang tentang tujuan dari hukum pidana, aliran klasik dan aliran Modern (Hiariej, 2016). Aliran klasik meletakkan bahwa tujuan hukum pidana adalah untuk meletakkan kepentingan individu sebagai utama untuk dilindugi khususnya dari dari kesewenangan-wenangan penguasa. Sementara aliran modern memberi perhatian terhadap perlindungan kepada masyarakat yang berpijak pada tiga dasar: memerangi kejahatan, keterhubungan hukum pidana dengan ilmu lain, dan hukum pidana sebagai alat terakhir untuk menyelesaikan berbagai permasalah hukum *(ultimum remidium)* (Hiariej, 2016). Ketiga elemen ini saling berkaitan untuk meletakkan bagaimana hukum pidana dapat bekerja secara efektif. Eddy O.S. Hiariej (2016), mengidentifikasi beberapa perbedaan antara kedua aliran ini, sebagai berikut:
   a. aliran klasik mengacu pada kejahatan sebagai yang diatur dalam undang-undang (*legal definition of crime*), sementara aliran modern meletakkan bahwa kejahatan tidak semata-mata yang ada di dalam undang-undang namun meliputi pula perbuatan-perbuatan yang berkembang yang diakui oleh masyarakat sebagai kejahatan.
   b. Terkait dengan hukuman, maka Aliran klasif tidak memberi ruang kepada hakim untuk bebas menjatuhkan hukuman karena Undang-undang telah menentukan ancaman pasti (*definite sentence*). Sementara dalam aliran modern hakim diberi kebebasan oleh pembentuk UU untuk menjatuhkan hukum antara hukuman maksimal dan minimal (*intermediate sentences*). Selain itu, aliran klasik masih menggunakan pendekatan penghukuman mati, sementara aliran modern tidak menghendaki penghukuman mati.
   c. aliran klasik hanya meletakkan hukum pidana sebagai satu-satunya cara untuk menyelesaikan persoalan, sedangkan aliran modern melihat bahwa ada banyak faktor yang dapat menghapuskan kejahatan, dan tidak semata-mata pada pemidanaan saja.
   d. Aliran klasik menekankan kehendak bebas individu untuk melakukan atau tidak melakukan kejahatan sementara aliran modern memberi penekanan bahwa interaksi individu dengan lingkungan memberi pengaruh terhadap ada atau tidak kejahatan**.**
   e. Aliran klasik menggunakan metode anekdot, sementara aliran modern menggunakan penelitian dan pengalaman sebagai basis pengetahuan dalam pengembangan hukum.

7. Dalam prakteknya di Indonesia, kedua aliran ini berjalan, saling berinteraksi, dan terkadang menimbulkan berbagai ketegangan antara satu dan lainnya, hal mana tercermin dalam perumusan Undang-Undang yang bersifat khusus sejak era reformasi. Ketegangan yang muncul antara lain terkait dengan kepentingan individu versus masyarakat. Jika hak individu yang selalu diutamakan, dimana ruang untuk meletakkan nilai-nilai yang sifatnya komunal atau sosial? Perdebatan soal hak individu, perspektif keluarga dan agama muncul di dalam perumusan dan pembahasan UU No. 23 tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan di Dalam Rumah Tangga dan pembentuk UU No 44 tahun 2008 (Eddyono, Fanani, Sabaniah et all, 2016). Sebaliknya jika yang diutamakan adalah perlindungan masyarakat yang lebih luas, maka tetap perlu diperhatikan masyarakat yang mana, karena masyarakat Indonesia sangat heterogen. Jika tidak, maka

mengabaikan adanya realitas sosial yang beragam di tengah masyarakat, yang dapat menyebabkan bahwa 'perlindungan masyarakat' dianggap sebagai perlindungan sekelompok elit yang mempunyai kekuatan lebih dari anggota lainnya di dalam masyarakat itu. Sebagai contoh adalah berlakuknya hukum adat, dan seringkali praktek hukum adat dirasa mengopresi hak-hak perempuan, khususnya dalam upaya penyelesaian terhadap kasus-kasus kekerasan seksual (Komnas Perempuan, 2016).

8. Saya melihat bahwa tantangan hukum pidana Indonesia yang sedang berkembang adalah menjembatani berbagai ketegangan yang ada, meletakkan kepentingan individu dan masyarakat secara seimbang. Di satu sisi mengakui adanya hak-hak individu yang dilanggar haknya, yang menjadi korban dari tindak kejahatan, dan di sisi lain menjamin kepentingan masyarakat yang lebih luas dengan mengacu berbagai nilai-nilai yang berakar dan diakui di dalam masyarakat. Hanya saja menjadi tantangan baru adalah mengidentifikasi nilai-nilai yang berakar dan diakui di dalam masyarakat yang beragama, mengingat nilai-nilai itu pun selalu berkembang bersamaan dengan nilai-nilai keadilan.

9. Oleh karena itu, saya ingin menegaskan bahwa hukum pidana selayaknya dilihat sebagai ultimum remedium, mekanisme yang paling akhir untuk mengatasi berbagai persoalan yang ada. Hukum pidana tidak dapat berjalan sendiri, dan bahkan kekuatan hukum pidana hanya bisa berjalan jika ada kekuatan yang bersinergi antara hukum pidana dan hukum lainnya dan sistem sosial yang berjalan. Hal ini juga selaras dengan pandangan dari Barda Nawawi Arief (2005) yang menyebutkan keterbatasan dari hukum pidana yang tidak mungkin menjadi alat control utama atau sebagai penyelesai masalah kejahatan yang sesungguhnya terjadi karena adanya kompleksitas kehidupan bermasyarakat.

10. Selanjutnya, saya juga ingin mengemukakan pendapat saya tentang tuntutan dari pemohon dalam kerangka sistem hukum di Indonesia. Sistem hukum yang berlaku di Indonesia membagi berbagai bidang hukum, yang masing-masing memiliki pengaturan tentang bidang-bidang yang khas. Pengaturan tersebut diharapkan membentuk tatanan hukum yang saling bersinergi dan sifatnya saling melengkapi. Terkait dengan ketahanan keluarga dan nilai-nilai agama, Indonesia secara spesifik telah memiliki:
    a. Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan memberlakukan Kompilasi Hukum Islam. Mengakui ada banyak catatan terhadap UU Perkawinan, namun sampai saat ini UU ini dianggap masih penting untuk menjaga arah perkawinan keluarga di Indonesia. Secara spesifik terhadap keluarga yang beragama Islam, Kompilasi Hukum Islam menjadi pegangan yang penting bagi berbagai pihak terkait bagaimana menerapkan UU Perkawinan. Pengaturan tentang relasi isteri dan suami dan hubungan, hak dan kewajiban anak dan orang tua, termasuk menjadi lingkup yang diatur di dalam UU Perkawinan, hal mana tidak diatur dalam hukum lainnya, khususnya hukum pidana.
    b. UU No. 23 tahun 2004, tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Terkait dengan hukum pidana dalam relasi keluarga, Indonesia telah memiliki UU No. 23 tahun 2004, tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. UU ini memberikan tekanan tentang pentingnya berbagai bentuk kekerasan di dalam rumah tangga yang dilakukan oleh salah satu pihak terhadap pihak lain di dalam rumah tangga, termasuk kekerasan fisik, psikis, seksual (termasuk perkosaan terhadap isteri) dan penelantaran ekonomi. UU ini memberikan perhatian besar khususnya terhadap perempuan (isteri) di dalam relasi perkawinan yang terkadang rentan terhadap perilaku kekerasan oleh para suami yang secara sosial sering dianggap sebagai pihak yang memiliki kekuasaan lebih tinggi.

c. UU No 35 tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang Undang No. 23 tahun 2003 tentang Perlindungan Anak, UU No. 21 tahun 2007 tentang Penghapusan Tindak Pidana Perdagangan Terhadap Orang dan UU No. 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak. Beragam UU ini memberikan pengaturan spesifik untuk melindungi anak dari berbagai bentuk kekerasan, eksploitasi, penyalahgunaan kekuasaan dalam berbagai bentuk kejahatan. Sebab, penekanan khusus atau peraturan khusus yang melingkupi perlindungan terhadap anak, tidak dimaksudkan untuk mendiskriminasi orang dewasa. Peraturan berupa perlindungan khusus terhadap anak dimaksudkan untuk memberikan perhatian kepada kelompok anak yang memiliki kerentanan khusus karena posisi sebagai anak dibandingkan dengan orang dewasa.

11. Keberadaan berbagai peraturan di atas menjadi indikasi bahwa ketahanan keluarga sudah menjadi fokus perhatian bagi banyak pihak, khususnya pembentuk kebijakan. Ada relasi-relasi tertentu yang diatur dalam hukum yang bersifat privat, yaitu UU Perkawinan dan yang lainnya dalam bentuk hukum publik, yang diharapkan saling berhubungan dan saling melengkapi. Hubungan suami dan isteri dan hak dan kewajiban orang tua diatur dalam UU yang bersifat privat, dimana wilayah privat bisa digeser ke wilayah public ketika ada unsur kekerasan.

12. Lawrence W. Friedman menekankan ada tiga elemen dalam sistem hukum yang meliputi: substansi, struktur dan budaya hukum (Prasetyo & Barkatullah, 2012). Merujuk pada Freidman, maka substansi hukum, isi dari hukum akan sangat sulit diterapkan jika struktur dan budaya hukum pun belum selaras dengan isi dari hukum itu sendiri (Prasetyo & Barkatullah, 2012). Bagaimana hukum diterapkan tergantung dengan cara pandangan yang berkembang di dalam masyarakat tentang hukum yang ada. Cara pandang ini pun seringkali mempengaruhi cara kerja aparat penegak hukum. Terkait dengan tiga elemen hukum ini, maka menimbulkan pertanyaan kritis terhadap perkembangan yang menjadi keprihatinan para pemohon dalam perkara ini; tentang kebebasan seks yang berdampak pada aborsi yang tinggi, dan termasuk adanya angka kematian ibu yang tinggi saat melahirkan—yang menjadi rujukan untuk memperluas peraturan zina di dalam pasal 284 KUHP. Walaupun kesimpulan yang ada masih perlu dikaji ulang supaya tidak terkesan mensimplifikasi fenomena yang ada, maka perlu dipertanyakan kembali sejauhmana peran keluarga, masyarakat, insitusi sosial-sosial yang ada dan lembaga-lembaga Negara lainnya dalam mencermati persoalan di atas. Hukum pidana tidak akan bisa efektif diterapkan jika elemen-elemen yang ada di dalam masyarakat tidak menjalankan peran secara efektif untuk mencegah terjadinya berbagai bentuk persoalan di dalam masyarakat. Tim ahli berpendapat bahwa sebelum adanya kriminalisasi maka sebaiknya berbagai upaya yang seharusnya dijalankan oleh elemen-elemen non hukum hendaknya diusahakan terlebih dahulu.

13. Dalam mengupayakan pembaharuan hukum pidana, Barda Nawawi Arief (2005) menekankan pentingnya penelitian dan kajian yang komperhensif khususnya dalam melakukan pembaharuan hukum pidana nasional. Penelitian dan kajian tersebut juga menjadi sebuah keharusan dalam membentuk hukum pidana baru. Merujuk pada pandangan tersebut, saya berpendapat bahwa pengadaan data yang dapat dipertanggungjawabkan terhadap usulan adanya delik baru dianggap penting dan data tersebut menjadi dasar yang kuat terhadap kebutuhan adanya delik baru. Pengadaan data dengan proses penelitian yang akurat perlu dilakukan menghindari adanya *prejudice* terhadap satu kelompok tertentu atau satu fenomena tertentu. Penelitian tersebut juga dengan melihat dampak yang mungkin timbul jika adanya kriminalisasi. Hal ini penting untuk dipertimbangkan untuk menghindari adanya reviktimisasi kepada kelompok-kelompok rentan di dalam masyarakat.

14. Terkait dengan permohonan para penggugat dalam kasus ini, maka ditemukan bahwa penggugat menyebutkan bahwa perlu penafsiran baru terhadap pasal 285 KUHP yang mengacu pada berbagai pengalaman perempuan korban kekerasan. Merespon hal ini maka sepengetahuan para tim ahli, Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan (Komnas Perempuan), sebuah lembaga Negara yang berwenang untuk melakukan pemantauan, pengkajian dan memberikan rekomendasi terhadap berbagai kasus kekerasa terhadap perempuan, telah melakukan kajian komperhensif tentang berbagai bentuk kekerasan seksual, termasuk perkosaan. Komnas Perempuan telah mengidentifikasi 15 bentuk kekerasan seksual dengan beragam jenis dan bentuk kekerasan berdasarkan pengalaman perempuan yang mengalami kekerasan di seluruh Indonesia (Komnas Perempuan, 2016). Hasil kajian tersebut merekomendasikan adanya satu UU khusus yang secara spesifik mengatur kekerasan seksual. Merujuk pada hal ini, maka tim ahli berpendapat agar lebih baik merujuk pada upaya komperhensif pengaturan khusus kekerasan seksual ketimbang memperluas pasal 285. Kekompleksitas perkosaan yang dialami oleh perempuan korban tidak cukup diakomodir hanya dengan perubahan satu pasal di dalam KUHP.

15. Mengacu pada pandangan Barda Nawawi Arief (2005) dalam poin 14 di atas, saya memberi tekanan terhadap permohonan para pemohon dalam perkara ini khususnya meliputi perubahan dalam pasal 292. Bahwa secara teori, kekerasan terjadi karena relasi kekuasaan yang tidak imbang, dan karenanya dapat terjadi pada siapapun dan dimanapun, khususnya bagi mereka yang memiliki posisi kuasa yang lebih subordinat (Luke, 1974). Karenanya siapapun yang memiliki posisi lebih rendah dapat menjadi korban kekerasan. Namun, kekuasaan itu bekerja secara relative, tidak selalu satu arah, dan memiliki banyak dimensi (Gaventa, 2006). Oleh karenanya anak, karena posisinya sebagai anak, jauh memiliki kerentantan ketimbang orang dewasa. Orang dewasapun dapat menjadi korban kekerasan dari orang dewasa, termasuk mereka yang memiliki orientasi seksual berbeda jika mereka mereka tidak mempunyai atau kurang memiliki kekuasaan dari yang lain. Walaupun secara teori ini dimungkinkan, hanya perlu ada data yang valid yang dikumpulkan berdasarkan pengalaman riel kasus-kasus yang ada untuk menunjukkan kerentanan sesama orang dewasa terhadap kasus-kasus percabulan sesama jenis. Tidak cukup argumentasi dimunculkan dengan ungkapan yang mengeneralistis seperti ungkapan 'banyak kasus' yang tidak didasarkan pada proses pengumpulan data yang memadai. Ketidaan data yang memadai, melalui proses penelitian yang dapat dipertanggung jawabkan, akan membuat argumentasi sangat lemah atas butuhnya perubahan penafsiran di dalam pasal 292.

16. Dengan berbagai argumentasi di atas, maka saya ingin menyimpulkan bahwa upaya penafsiran terhadap pasal 284, 285 dan 292 hendaknya disandarkan pada sikap kehati-hatian, mempertimbangkan tujuan hukum pemidanaan dan karakter hukum pidana yang merupakan mekanisme terakhir dalam penyelesaian persoalan. Perubahan pasal-pasal di atas tidak akan memberi kemanfaatan karena ada persoalan yang utama yang tingkatnya berlapis:

    Pertama, terkait dengan pasal 284, selayaknya persoalan perzinahan merupakan persoalan yang hendaknya diupayakan oleh berbagai insitusi keluarga, sosial, agama dan kemasyarakatan. Pendekatan yang bersifat represif belum tentu dapat merespon kekompleksitasan persoalan yang ada.

    Kedua, terkait dengan pasal 285, hendaknya inisiatif yang komperhensif dilakukan oleh elemen terkait di masyarakat, dan khususnya Komnas Perempuan dalam merancang RUU Kekerasan Seksual menjadi suatu solusi sementara dalam membentuk hukum yang lebih komperhensif tentang kekerasan seksual. Persoalan kekerasan seksual, khususnya perkosaan sangat kompleks,

perubahan satu pasal tidak akan dapat menyelesaikan persoalan yang ada. Selain itu, dengan adanya UU No. 23 tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga, para perempuan yang menjadi korban di dalam rumah tangga telah pula diakomodir, sebagaimana pengaturan ini pun telah diterapkan. Ketiga, terkait dengan usulan perubahan atau penafsiran baru terhadap pasal 292 tentang perbuatan cabul, khususnya agar diperluas untuk orang dewasa yang sesama jenis, maka perlu ada penelitian lebih lanjut yang berbasis pada pengalaman kasus-kasus untuk dapat diuji keurgensian dari perluasan pasal ini.

Yogyakarta, 20 September 2016

Sri Wiyanti Eddyono, SH, LLM (HR), PhD.

Referensi:

Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.

Eddy O.S. Hiariej, *Prinsip-prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atmajaya, Yogyakarta, 2016.

Sri Wiyanti Eddyono, Estu Fanani, Dini Anitasari, et all, "Why and when the state responds to women's demands: understanding gender equality policy change in Indonesia, research report, UNRISD, Geneva, 2016.

Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan, Draft Naskah Akademis Rancangan Undang-Undang Penghapusan Kekerasan Seksual 2016, Komnas Perempuan, Jakarta, 2016.

Teguh Prasetyo & Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana, Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2012.

Steven Luke, *Power: a radical view, Macmillan,* London, 1974.

John Gaventa, *Finding the spaces for change: a power analysis*, IDS Bulletin, 2006.

Profil Tim Kuasa Hukum

Supriyadi Widodo Eddyono, saat ini aktif sebagai peneliti senior dan menjabat sebagai Direktur Komite Eksekutif di ICJR. Aktif di Koalisi Perlindungan Saksi dan Korban – yang sejak awal melakukan advokasi terhadap proses legislasi UU Perlindungan Saksi dan Korban – . Selain itu pernah berkarya di Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) sebagai Koordinasi Bidang Hukum dan pernah menjadi Tenaga Ahli di Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK).

Wahyudi Djafar, Peneliti di ELSAM, Deputi Direktur Pengembangan Sumberdaya HAM-ELSAM. Memfokuskan diri pada topik kebebasan berekspresi, hak atas privasi dan reformasi sektor keamanan, mendalami isu konstitusionalisme dalam konteks perlindungan hak asasi manusia.

Erasmus A. T. Napitupulu, lulusan Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung yang saat ini berkarya sebagai Peneliti di Institute for Criminal Justice Reform (ICJR). Aktif dalam advokasi beberapa peraturan perundang-undangan dan isu hukum nasional, salah satunya Rancangan KUHAP dan Rancangan KUHP

Ajeng Gandini Kamilah, peneliti di *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR). Sempat berkarya sementara di Kantor Perwakilan Bank Indonesia Provinsi Jawa Barat, Kejaksaan Tinggi Provinsi Jawa Barat, serta melakukan penelitian bersama *Center for Detention Studies* (CDS) terkait isu Pemasyarakatan. Saat ini sedang memfokuskan diri pada penelitian tentang perkawinan usia anak, Rancangan KUHAP dan Rancangan KUHP.

PROFIL ICJR

Institute for Criminal Justice Reform, disingkat ICJR, merupakan lembaga kajian independen yang memfokuskan diri pada reformasi hukum pidana, reformasi sistem peradilan pidana, dan reformasi hukum pada umumnya di Indonesia.

Salah satu masalah krusial yang dihadapi Indonesia pada masa transisi saat ini adalah mereformasi hukum dan sistem peradilan pidananya ke arah yang demokratis. Di masa lalu hukum pidana dan peradilan pidana lebih digunakan sebagai alat penompang kekuasaan yang otoriter, selain digunakan juga untuk kepentingan rekayasa sosial. Kini saatnya orientasi dan instrumentasi hukum pidana sebagai alat kekuasaan itu dirubah ke arah penopang bagi bekerjanya sistem politik yang demokratis dan menghormati hak asasi manusia. Inilah tantangan yang dihadapi dalam rangka penataan kembali hukum pidana dan peradilan pidana di masa transisi saat ini.

Dalam rangka menjawab tantangan tersebut, maka diperlukan usaha yang terencana dan sistematis guna menjawab tantangan baru itu. Suatu *grand design* bagi reformasi sistem peradilan pidana dan hukum pada umumnya harus mulai diprakarsai. Sistem peradilan pidana seperti diketahui menduduki tempat yang sangat strategis dalam kerangka membangun *the Rule of Law*, dan penghormatan terhadap hak asasi manusia. Sebab demokrasi hanya dapat berfungsi dengan benar apabila ada pelembagaan terhadap konsep *the Rule of Law*. Reformasi sistem peradilan pidana yang berorientasi pada perlindungan hak asasi manusia dengan demikian merupakan "*conditio sine quo non*" dengan proses pelembagaan demokratisasi di masa transisi saat ini.

Langkah-langkah dalam melakukan transformasi hukum dan sistem peradilan pidana agar menjadi lebih efektif memang sedang berjalan saat ini. Tetapi usaha itu perlu mendapat dukungan yang lebih luas. ***Institute for Criminal Justice Reform*** (ICJR) berusaha mengambil prakarsa mendukung langkah-langkah tersebut. Memberi dukungan dalam konteks membangun penghormatan terhadap *the Rule of Law* dan secara bersamaan membangun budaya hak asasi manusia dalam sistem peradilan pidana. Inilah alasan kehadiran ICJR

Sekertariat
Jl. Siaga II No. 6F. Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan – 12510
Phone/Fax : 0217945455
Email : infoicjr@icjr.or.id
http://icjr.or.id | @icjrid